Don. Lud.
XL 4

Ueber den revidirten Entwurf der Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern.

Don. Lud. X4,4.

Geschenk
Seiner Majestät des Königs Ludwig I.
aus
Höchstdessen Privatbibliothek.

<36618179460015
S
<36618179460015
Bayer. Staatsbibliothek

Ueber den revidirten Entwurf der Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern.

Nachtrag zu den Bemerkungen über den Entwurf der Prozeßordnung vom Jahre 1825,

von dem quiescirenden Oberappellationsgerichtsrathe

Joseph von Hinsberg.

München.
Druck und Verlag von J. J. Lentner.
1828.

Bayerische Staatsbibliothek München

Principiis obsta, sero medicina paratur,

Cum mala per longas convaluere moras.

Ovidius.

Vorrede.

Wenn ich in diesen Blättern vorzüglich solche Bestimmungen des revidirten Entwurfs der Prozeßordnung für das Königreich Bayern herausgehoben habe, denen ich keinen Beifall geben zu können glaube; so geschah dieses, weil es zunächst darauf ankömmt, in einer Prozeßordnung, welche den Ständen des Reichs zur Beurtheilung vorgelegt worden ist, Fehler zu verbessern, welche der Hoffnung, daß der Zweck des Gesetzes erreicht werden könne, im Wege zu stehen scheinen. Ich verkenne deßwegen die vielen guten einzelnen Anträge nicht, durch welche sich die Herrn Verfasser des ältern so wohl, als des neuern Entwurfs um die Rechtspflege in Bayern verdient gemacht haben. Besonders enthält das Kapitel von der Exekution sehr viele Verbesserungen des alten bayerischen Exekutionsverfahrens, und es wäre zu wünschen, daß es, wenn auch die vorgeschlagene Prozeßordnung im Ganzen nicht angenommen werden sollte, an die Stelle des 18ten Kapitels der itzt giltigen Gerichtsordnung eingeführt werden möchte.

Ich bin bei der Beurtheilung des revidirten Entwurfs von der Voraussetzung ausgegangen, daß er als Vorschrift für das mündlich öffentliche Verfahren vorgeschlagen werde; weil mir so wohl die Ankündig=

ung in der Thronrede Seiner Majestät des Königs, als auch der Innhalt des Werkes selbst diesen Gesichtspunkt aufstellte.

Der ungenannte Verfasser eines in der ersten Hälfte des Monats Jänner im Tagblatte Flora erschienenen gehaltvollen Aufsatzes scheint die noch bestehende bayerische Gerichtsordnung mit den dazu gekommenen spätern Ergänzungen und Verbesserungen den neuen Entwürfen, und überhaupt das bisherige schriftliche Verfahren dem vorgeschlagenen mündlich öffentlichen vorzuziehen. Ich muß aufrichtig gestehen, daß ich, wenn bloß von der unbedingten Wahl zwischen dem alten, und dem neuen Prozeßverfahren, so wie das letztere vorgeschlagen worden ist, die Rede wäre, ebenfalls unbedenklich das alte vorziehen würde. Wenigstens sind die beiden Eigenschaften Schnelligkeit und Wohlfeilheit, welche Herr Hofrath von Zeiler *) von einer guten Prozeßordnung fodert, gewiß eher dem alten, als dem vorgeschlagenen neuen Verfahren nachzurühmen. Die in Antrag gebrachten doppelten Prozesse, nämlich der alte schriftliche, und der neue mündliche, fodern nothwendig, wo nicht doppelt so viel, doch weit mehr Zeit, und einen weit größern Kostenaufwand, als die Verhandlungen nach der bisherigen bayerischen Gerichtsordnung. Auch für die vorzüglichste von dem angeführten Schriftsteller verlangte Eigenschaft einer guten Prozeßordnung, nämlich die Ge-

*) Vorbereitungen zur neuesten österreichischen Gesetzkunde im Straf- und Civiljustizfache von Franz Edeln von Zeiler. B. III S. 136 u. f.

Gerechtigkeit sind manche Bestimmungen der vorgeschlagenen Prozeßordnung geeignet, bange Besorgnisse zu erregen. Dahin gehören besonders die für den Vorsitzenden in Antrag gebrachte Einräumung von zwei Stimmen im Falle der Gleichheit der Stimmen, §. 371, die große Beschränkung der Appellationen §, 509 und 510, die große Begünstigung der mittelbaren Unterthanen in diesem Punkte Beilage III, §. 8, und die Beschränkung der höhern Instanzen auf die ihnen von der ersten Instanz vorgelegte Sireitübersicht, in Hinsicht auf den als wesentlich vorgeschriebenen Innhalt der schriftlichen Verhandlungen §. 517.

Was aber die Vorzüge der bisherigen bayerischen Gerichtsordnung im Allgemeinen betrifft, so wird wohl kein Sachkenner Anstand nehmen, ihr vor allen zur Zeit ihrer Erscheinung vorhanden gewesenen Gesetzen dieser Art den Preis zuzuerkennen; es läßt sich aber eben so wenig behaupten, daß sie nicht noch mancher Verbesserungen fähig und bedürftig sey, die seit dem bei dem Prozeßverfahren anderer Staaten in der Ausübung bewährt gefunden wurden. Insbesondere kann sie ohne wesentliche Veränderungen nicht als Grundlage des mündlich öffentlichen Verfahrens gebraucht werden.

Möchte doch der Verfasser des angeführten Aufsatzes, und so mancher andere gründliche Rechtsgelehrte, und erfahrne Geschäftsmann, deren Bayern so viele zählt, sich auch bewogen finden, seine Meinung über den in der Frage liegenden Gesetzvorschlag, so lange das noch nützlich seyn kann, öffentlich bekannt

machen! Ich begnüge mich sehr gerne mit der Ehre, bessern Erinnerungen, als die meinigen sind, durch mein Beispiel die Bahn gebrochen, und Erörterungen veranlaßt zu haben, die vielleicht selbst durch das Bestreben, meine Ansichten zu widerlegen, der Wahrheit förderlich seyn würden.

München im März 1828.

J. v. Hinsberg.

Die Rechtspflege steht mit dem Hauptzwecke jedes bürgerlichen Vereins, der Sicherheit der Personen und des Eigenthums, in der allernächsten Beziehung; ohne sie ist keine Vereinigung in einem Staate gedenkbar.

Fruchtbarkeit oder Unfruchtbarkeit eines Landes, günstige oder ungünstige Verhältnisse mit Nachbarstaaten, Glück oder Unglück im Kriege, vortheilhafte oder nachtheilige Umstände für Handel und Gewerbe rc. hangen zum Theile mehr vom Zufall, als von der Weisheit der Regierungen ab; aber dem Volke eine gute Rechtspflege zu geben, und dadurch Sicherheit, Credit und Wohlstand zu gründen, das liegt in der Macht der obersten Staatsgewalt.

Eine gute Prozeßordnung ist die erste Bedingung einer guten Rechtspflege. Von der Beschaffenheit der Prozeßordnung hängt das Wohl und Wehe von Tausenden ab; und auf ihre zweckmäßige oder unzweckmäßige Einrichtung kömmt es an, ob zur Erreichung desselben Ziels Millionen erspart, oder unnütz verwendet werden sollen.

Von diesen Wahrheiten durchdrungen haben Seine Majestät der König diesem Gegenstande ihre erste Sorgfalt gewidmet, und den Ständen des Reichs einen revidirten Entwurf der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vorlegen lassen.

Dieser neue im Druck erschienene, aber noch nicht in den Buchhandel gekommene Entwurf enthält bedeutende Abweichungen von jenem des Jahrs 1825, und mehrere neue Bestimmungen.

Ob die darinn vorgeschlagenen Einrichtungen zur Erlangung des rühmlichen Zwecks Seiner Majestät des Königs, eine gründliche, nicht mehr als nöthig ist, kostspielige, mit Oeffentlichkeit und Mündlichkeit verbundene Rechtspflege einzuführen, gedeihlich seyen, oder ob sie gerechte Besorgnisse in Hinsicht auf die Erreichung dieser Zwecke veranlassen, dieses zu untersuchen, eh' es zu spät seyn möchte, ist eine wichtige Nationalangelegenheit, deren Beförderung Seiner Majestät dem Könige, wie jedem Freunde des Vaterlandes nur willkommen seyn kann.

Mit Beziehung auf meine Bemerkungen über den Entwurf der Prozeßordnung vom Jahr 1825 werde ich zuerst die Abweichuugen des neuen Entwurfs von dem alten, so weit sie mir nicht vielleicht entgangen seyn möchten, darstellen, dann mit solchen Erinnerungen, die mehr das ganze System, als einzelne Theile der Prozeßordnung betreffen, den Anfang machen, hierauf meine Ansichten über einzelne Bestimmungen, mehr nach der Wichtigkeit, die sie mir zu haben scheinen, als nach der Ordnung des Entwurfs, darlegen, und endlich, wie in den Bemerkungen, mit dem Konkursverfahren schließen.

I.

Abweichungen des revidirten Entwurfs der Prozeßordnung von jenem des Jahrs 1825.

Der revidirte Entwurf führt, nebst dem, daß er in einer gedrängtern, der Gesetzgebung angemeßnern Schreibart verfaßt ist, als der ältere,

1) im §. 118 die Oeffentlichkeit der Verhandlungen, nur mit Ausschließung des weiblichen Geschlechts, und der Kinder, unbedingt ein, und verbessert so den §. 187 des Entwurfs vom Jahr 1825, welcher dem Publikum den Zutritt zu den Verhandlungen in Privatrechtsstreitigkeiten nicht gestattete.

2) Da von der Militärgerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen, wovon der Entwurf v. J. 1825 im 36ten §. handelte, nichts mehr vorkömmt, so scheint ihre Aufhebung beschlossen zu seyn; obgleich das völlige Stillschweigen von Officieren höherer Klassen in den §en, die vom gefreiten Gerichtsstande handeln, auch hierüber wieder Zweifel erregt.

3) Ueber die Beilegung und Entscheidung der Competenzstreite zwischen Justiz- und Verwaltungsstellen ist eine eigene Verordnung als fünfte Beilage der Prozeßordnung beigefügt. Ueber Competenzstreite zwischen Justizstellen enthält die revidirte Prozeßordnung nichts.

4) In den §en 219 und 509 wird den Erkenntnissen auf Beweis die Rechtskraft eingeräumt. Ich beziehe mich auf die hierüber in den Bemerkungen S. 16 u. f. vorkommenden Erörterungen.

5) Der revidirte Entwurf hebt im §. 213 für die unmittelbar königlichen Gerichte die in den §en 364 bis 381 des Entwurfs von 1825 angeordnete Verhandlung über den Statum causae et controversiae auf, führt sie jedoch in dem G e s e t z e s e n t w u r f, e i n i g e b e s o n d e r e B e s t i m m u n g e n ü b e r d a s V e r f a h r e n i n b ü r g e r l i c h e n R e c h t s s t r e i t i g k e i t e n b e i d e n m i t t e l b a r e n G e r i c h t e n b e t r e f f e n d, Beilage Nro III §. 3 und 4 für diese mittelbaren Gerichte ein.

6) Das im §. 145 des Entwurfs v. J. 1825 vorkommende Verbot für die Advokaten, Vertretungen bei Landgerichten zu übernehmen, ist in dem revidirten Entwurfe nicht mehr zu finden, nnd dadurch der in den Bemerkungen S. 37 am Ende vorkommende Anstand gehoben.

7) Der §. 362 beschränkt das Recht, in der Audienz in eigner Sache zu sprechen, auf jene Personen, die sich in ihren eigenen Angelegenheiten überhaupt selbst, ohne Beiziehung von Advokaten zu vertreten befugt sind, und ändert dadurch den §. 153 des alten Entwurfs ab, wornach dieses Recht allen Parteien zukommen sollte, die vor Gericht zu stehen ermächtigt sind. Hiedurch fällt das

Bedenken weg, das in den Bemerkungen S. 52 in Hinsicht auf die Verweisung einer im Sprechen nicht geübten Partei zum Stillschweigen gemacht wurde.

8) Der §. 197 verordnet mit Abänderung des §s 335 d. Entw. v. J. 1825, dem Beklagten, welcher in der ihm angesetzten Frist die Klage nicht beantwortet, noch eine Frist zu ertheilen.

9) Der Ausspruch des Entwurfs v. J. 1825 §. 548, daß durch verdächtige Zeugen allein nie ein vollständiger Beweis geliefert werden könne, ist weggeblieben, und dagegen der 2te Absatz jenes §s in folgenden Satz umgeändert §. 349: „Wie viel der Aussage eines verdächtigen Zeugen Glauben beizumessen sey, insbesondere, „ob durch zwei oder mehrere ein halber Beweis zu einem vollständigen ergänzt werden könne, hat das Gericht, unter Würdigung der entgegenstehenden Verdachtsgründe, in jedem Falle zu beurtheilen." Ich glaube diese Stelle so auslegen zu dürfen, daß der Richter, nach Umständen, auch durch die Aussagen mehrerer bedenklicher Zeugen einen Beweis für vollständig hergestellt halten könne; obgleich nicht zu läugnen ist, daß die Einschränkung auf die Ergänzung eines halben Beweises durch zwei oder mehrere verdächtige Zeugen dem Zweifel Raum lasse, ob nicht der so zu ergänzende halbe Beweis auf eine andere Art, als durch bedenkliche Zeugen, gestellt seyn müsse. Die Motive geben über diesen Zweifel keinen Aufschluß, und enthalten über diesen Gegenstand, der in meinen Bemerkungen S. 125 berührt ist, gar nichts. Er scheint also einer deutlichern Erklärung zu bedürfen.

10) Die Gerichtsbarkeit der Stadt- und Landgerichte, die nach dem § 714 des ältern Entwurfs auf viele Gattungen von Prozessen ausgedehnt war, wird auf die im 22ten Kapitel vorkommenden geringern Händel beschränkt.

11) Nach dem § 368 ist das Wegbleiben beider Parteien von der Audienz nicht mehr unschädlich, wie es nach dem § 702 des Entwurfs v. J. 1825 gewesen wä-

re, sondern wird als Vereitlung des Termins, (Circumductio termini, § 180) angesehen, und zieht die Hemmung des Prozesses so lange nach sich, bis die Parteien neuerlich um eine Tagfahrt zur Audienz ansuchen, und bei dieser wenigstens ein Theil erscheint, und spricht.

12) Der § 393 hat der zum Vortheile der Ausländer, gegen welche um Personalarrest nachgesucht wird, gemachten Ausnahme des §s 755 des alten Entwurfs, wenn sie redlicher Weise auf Credit gehandelt haben, den von mir in den Bemerkungen S. 129 vermißten Beisatz beygefügt, und die Zeit des Credits noch läuft.

13) Im Exekutivprozesse §§ 408 — 415 wird dem Beklagten, wenn ihm gleich eine Nachklage vorbehalten bleibt, der Antrag auf Sicherheitsleistung von Seite des Klägers, den ihm der § 803 des Entwurfs v. J. 1825 gestattete, nicht mehr bewilligt; wie aus den Motiven S. 347 u. f. klar erhellt.

14) Der Rechnungsprozeß beginnt nach dem § 442 mit den Rechnungsbedenken, wird mit der Antwort des Rechners, und den schließlichen Erinnerungen des Bemänglers fortgesetzt, und schließt mit der endlichen Beantwortung des Rechners; wogegen nach dem Entwurfe v. J. 1825 § 814 u. f. schon die Rechnung als Exception gelten sollte. Hiedurch ist der in den Bemerkungen S. 134 dargestellte Mißstand beseitigt.

15) Mit Abänderung des §. 977 des Entwurfs v. J. 1825, wornach die Erläuterung dunkler Urtheile nur im Wege der Appellation nachgesucht werden kann, gestattet der § 406 des revidirten Entwurfs, über den Sinn der von jeder Partei anders ausgelegten rechtskräftigen Urtheile eine summarische Verhandlung, und füllt dadurch offenbar eine Lücke der bisherigen Prozeßordnungen aus.

16) Die im Entwurfe v. J. 1825 § 980 auf 10 Tage gesetzte Appellationsfrist wurde im §. 508 des neuen Entwurfs auf 30 Tage für den ordentlichen, und auf 14 Tage für den summarischen Prozeß bestimmt. S. meine Bemerkungen S. 136.

17) Nach dem 20ten §e der Verordnung, die Verfassung der Gerichte betreffend, Beilage VI zur Prozeßordnung, geht die Berufung von den Entscheidungen der Stadt- und Landgerichte nicht mehr an die Appellationsgerichte, wie es nach dem § 988 des ältern Entwurfs geschehen wäre, sondern an die Bezirksgerichte; den Mediatgerichten hingegen bleibt, nach dem § 8 des Gesetzesentwurfs, einige besondere Bestimmungen über das Verfahren bei den mittelbaren Gerichten betreffend, Beilage III, der Vorzug, daß die Berufungen von ihren Aussprüchen an die Appellationsgerichte gelangen.

18) Die Appellation und Revision, die nach dem § 986 des ältern Entwurfs ohne alle Beschränkung auf eine Summe, oder einen Werth des Streitgegenstandes Statt finden sollte, wird im § 509 in Hinsicht auf die unmittelbar königlichen Gerichte sehr beschränkt.

19) Durch den § 523, welcher für die Verjährung des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eben jene Zeit bestimmt, nach deren Ablauf eine Klage oder Einrede verjährt seyn würde, ist der § 1012 des alten Entwurfs zweckmäßig verbessert worden. S. die Bemerkungen S. 142.

20) Der § 520 läßt das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zu, wenn der Eid verweigert, oder nachgelassen war, und ändert dadurch den § 1007 des vorigen Entwurfs ab.

21) Der revidirte Entwurf ertheilt den Minderjährigen, und andern unter Curatel stehenden Personen, dem Fiskus, den Kirchen, milden Stiftungen und Gemeinden, mit Abänderung des 2ten Absatzes des § 1010 des ältern Entwurfs, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht mehr, wenn zu ihrem merklichen Schaden im Prozeß etwas unterlassen, oder gefährlicher Weise unternommen worden ist.

22) Der § 533 macht den Obergerichten zur Pflicht, wenn sie Mängel, welche die Nichtigkeit nach sich ziehen, auf irgend eine Art entdecken, nach Verschieden-

heit der Fälle, entweder das Verfahren, oder das Urtheil, oder Beides aufzuheben, oder die Mängel ersetzen zu lassen. Der § 1027 des Entwurfs v. J. 1825 foderte eine solche Thätigkeit von dem höhern Richter nur, wenn die Sache, selbst bloß im Wege der Appellation, an ihn gekommen ist.

23) In den revidirten Entwurf ist die Bestimmung des §s 1051 des Entwurfs von 1825, wornach eine Beschwerde des Untergerichts über die Verurtheilung in die Kosten nie die Folge haben kann, daß dieselben nun den Parteien, statt des Richters zur Last gelegt werden, nicht aufgenommen, und dadurch meine Erinnerung S. 145 der Bemerkungen gehoben.

24) Der § 567 hat in Fällen der auf Ansuchen ausländischer Gerichte vorzunehmenden Exekutionen, der im §. 1061 des vorigen Entwurfs vorgeschlagenen öffentlichen Auffoderung bayerischer Unterthanen zur Anmeldung ihrer Foderungen die zweckmäßige Verordnung substituirt, daß die in öffentlichen Büchern eingetragenen, oder gerichtlich bekannten Gläubiger immer vorerst mit ihren Anträgen zu hören seyen. S. die Bemerkungen S. 144.

25) Gegen denjenigen, welcher eine Handlung, die er vermöge rechtskräftiger Entscheidung unterlassen soll, dennoch vornimmt, findet nach dem § 570 die Verhaftung, die nach dem § 1067 des Entwurfs von 1825 bei fortgesetztem Ungehorsame gegen ihn hätte verhängt werden können, nicht Statt.

26) Besoldungen, Pensionen und Quiescenzgehalte unterliegen nach dem § 581 ohne Unterschied, und also mit Weglassung der im § 1085 des frühern Entwurfs vorkommenden Modifikationen, im Wege der Exekution dem Abzug eines Drittels.

27) Durch die §en 614 und 615, wornach Fristen, Nachlässe und Moratorien nur in Folge einer übereinstimmenden freien Willenserklärung aller betheiligten Gläubiger Statt finden, und nur Seiner Majestät dem Könige unter großen Einschränkungen das Recht vorbe-

halten wird, Zahlungsnachsicht bis zu höchstens fünf Jahren zu bewilligen, sind alle diesen Gegenstand betreffenden Vorschläge des ältern Entwurfs vom 1143ten §. an bis zum 1179ten §e verworfen.

28) Im Konkurse gestattet der §. 467, wenn der Beweis in der Hauptsache angetreten ist, allenfalls übersehene Beweise oder Beweismittel bis zum nächsten Ediktstage nachzutragen; was der §. 874 des Entwurfs v. J. 1825 ausdrücklich untersagt hatte.

29) Den Gläubigern, welchen das Separationsrecht zukömmt, wurde gegen die Bestimmung der bisherigen bayerischen Gerichtsordnung, im §. 883 des Entwurfs vom Jahr 1825 die Schuldigkeit, sich bei dem ersten Ediktstage zu melden, ausdrücklich auferlegt. Hievon schweigt der revidirte Entwurf, scheint aber im §. 466 unter der Benennung aller Gläubiger, die sich am ersten Ediktstage melden sollen, auch die mit Separationsrechten Versehenen zu begreifen.

30) Der §. 466 meldet nichts von der Bewilligung des §s 872 des alten Entwurfs, statt der persönlichen Erscheinung einen schriftlichen Rezeß einzureichen. Die Motive S. 400 lassen keinen Zweifel übrig, daß diese schriftliche statt persönlicher Anmeldung untersagt sey.

31) Der §. 475 stellt es, wie aus den Motiven S. 403 erhellt, bei allen Konkursen dem Willen der Gläubiger, (vermuthlich der Mehrzahl in Hinsicht auf den Betrag der Foderungen,) anheim, ob ein Contradiktor aufgestellt werden soll, oder nicht.

32) Der §. 484 bestimmt Fälle, in welchen dem Gemeinschuldner von den Konkursgläubigern der Eid aufgetragen werden kann, wovon der Entwurf v. J. 1825 nichts enthält.

33) Der §. 494 enthält Bestimmungen über die Verwaltung der Konkursmasse, welche von jenen des Entwurfs v. J. 1825 §. 944 u. f. abweichen, und der Sache angemessener zu seyn scheinen.

Die neuen Bestimmungen des revidirten Entwurfes sind folgende.

34) Die Einführung des Vergleichsversuchs vor der Anstellung jeder zum ordentlichen Prozesse geeigneten Klage nach französischer etwas modificirter Art, Kap. VII. und Beilage VI. §. 11 und 21.

35) Den Senatsvorständen sind im Falle der Stimmengleichheit, da die Senate mit Einschluß derselben nur aus einer geraden Zahl von vieren und sechsen bestehen sollen, im §. 371 gegen den bisherigen Gebrauch der europäischen Völker 2 Stimmen eingeräumt.

36) Mittels des 33ten Kapitels und der Beilage VII. wird die Staatsanwaltschaft, jedoch mit Trennung von der Vertretung des Fiskus, eingeführt.

37) Das XXVIIte Kapitel enthält den Wechsel- und Merkantilprozeß, der künftig vor den ordentlichen Gerichten verhandelt werden soll.

38) Im §. 24 kömmt eine strenge Bestimmung über den Begriff der Justizverzögerung, und über das Recht der Parteien, die Verweisung der Sache an ein anderes Gericht zu verlangen betreffend, vor.

II.

Von der Vereinigung des deutschen schriftlichen mit dem französischen mündlichen Verfahren.

Der revidirte Entwurf hat so, wie jener v. J. 1825, ein strenges schriftliches Verfahren, wie es in Deutschland üblich, und in der bayerischen Gerichtsordnung vom Jahr 1753 vorgeschrieben ist, angeordnet, und die Strenge des bayerischen Prozesses noch dadurch verschärft, daß er jeden in der schriftlichen Exception nicht besonders widersprochenen Umstand für eingestanden annimmt, (§. 126) und die in der Antwort auf die Klage nicht vorgebrachten Einreden ohne Ausnahme für verloren erklärt; (§. 199) da die bayerische Gerichtsord-

nung den allgemeinen Widerspruch gelten läßt, und im Kap. VI. §. 2 jenen in der Exception nicht angebrachten Einreden noch eine Wirkung einräumt, die sich erst im Verlaufe des Prozesses hervorgethan haben.

In der Replik dürfen neue Thatumstände nur in so ferne angebracht und berücksichtigt werden, als sie den Zweck haben die Einreden zu entkräften, (207). Ueber die Replik wird eine Duplik, und wenn in dieser neue, zur Entkräftung der Replik gehörige Thatumstände vorkommen, auch eine Triplik und Quadruplik gestattet, (§. 210 und 211).

Alle Thatumstände und Urkunden, welche in der nicht beantworteten Schrift vorgebracht wurden, werden für eingestanden und anerkannt angenommen, und alle weitere Einwendungen sind für den Ungehorsamen verloren, (§. 212), und können also auch in der Audienz mit Wirkung nicht mehr geltend gemacht werden.

Nach geschlossener schriftlicher Verhandlung wird von dem Gerichtsvorstand ein von dem Instruenten verschiedenes Gerichtsmitglied ernannt, welches auf den Grund der gepflogenen Verhandlungen eine vollständige, getreue, jedoch möglichst kurze und einfache Darstellung des Streitverhältnisses, mit Allegation der treffenden Aktenstücke zu entwerfen hat, und zwar so, daß die Thatumstände, worüber die Parteien einig, und jene, worüber sie noch uneinig sind, in einer natürlichen, der Sache angemessenen Ordnung, an einander gereiht werden. (§. 213.)

Diese Darstellung soll in der sogenannten Audienz vor Allem abgelesen, und dann den Parteien, oder ihren Advokaten gestattet werden, gegen einander zu sprechen. In dieser mündlichen Auseinandersetzung darf aber

1) zwar das früher Geläugnete zugestanden,

2) ein früher, d. i. im vorausgegangenen schriftlichen Verfahren, gemachtes Geständniß jedoch nicht zurückgenommen,

3) kein neuer Thatumstand, keine neue faktische Einrede oder Replik vorgebracht, wohl aber eine früher gemachte Einrede oder Replik aufgegeben, und

4) ein in den Schriften vorgebrachter Thatumstand nicht wesentlich verändert werden.

5) In Hinsicht auf die früher gestellten Anträge darf zwar weniger, aber nicht mehr gefodert werden. (§. 361, 363, und 564.)

Eine Partei, welche in der Audienz nicht erscheint, oder nicht sprechen will, wird mit dieser Handlung ausgeschlossen; und die Gegenpartei darf allein sprechen. (§. 368.)

Ich habe schon in meinen Bemerkungen S. 43 u. f. die Gründe auseinander gesetzt, warum diese Mischung des deutschen schriftlichen mit dem französischen mündlichen Verfahren durchaus nicht Statt haben kann.

Wenn bei der mündlichen Verhandlung keine neuen das Recht des Sprechenden besser ins Licht stellenden Umstände angeführt, und nur noch Geständnisse gemacht werden dürfen, die in der Regel dem Gestehenden nur nachtheilig seyn können, wenn sogar auf neue zur Begründung der Klage in der schriftlichen Replik, und zur Begründung der Exception in der Duplik vorgebrachte Thatumstände Rücksicht zu nehmen verboten ist; so kann nur das schriftliche Verfahren als die Hauptsache, das ihm angehängte mündliche aber als eine überflüßige Nebensache betrachtet werden.

Die Gerichtsstelle, die auf neue Thatumstände, die ein Advokat allenfalls mündlich angeführt hat, und selbst zum Theil auf solche, die in der schriftlichen Replik und Duplik vorgekommen sind, keine Rücksicht nehmen darf, muß, wenn sie ihre Pflicht thun soll, von dem Innhalte der schriftlichen Verhandlung, und sogar jedes einzelnen Schriftsatzes aufs genaueste unterrichtet seyn. Die vollständige und getreue Darstellung des Streitverhältnisses, welche der §. 213 vorschreibt, muß, trotz der Protestation in den Motiven S. 301 und 302, ein genauer Aus-

zug des wesentlichen Innhalts der Akten, und also der bisher üblich gewesene Aktenextrakt seyn, der um so mehr Kunst- und Geschäftsgewandtheit erfodert, je kürzer er seyn soll. Die mündlichen Reden der Advokaten treten lediglich an die Stelle der im bayerischen Prozesse nach geschlossenem Beweisverfahren üblichen Conclusionsschriften, wenn auch dieses in den Motiven S. 309 nicht zugegeben werden will, nur mit dem Unterschiede, daß sie die ganze dem Gerichte schon schriftlich vorgelegte Verhandlung wiederholen.

Bei der Stellung, welche dem Gerichte durch diese Mischung zweier miteinander nicht verträglicher Prozeßformen gegeben wird, sind diese Schlußreden sogar für dasselbe weit beschwerlicher, als die Conclusionsschriften, weil es nicht Zeit hat, oder sich nur mit großer Verzögerung Zeit nehmen kann, zu untersuchen, welche in den mündlichen Reden vorgebrachte Thatumstände neu seyen oder nicht; und weil selbst die Beschuldigung der Advokaten, daß in der Darstellung des Streitverhältnisses wesentliche Umstände weggeblieben, oder schief dargestellt seyen, nur durch das Ablesen der Akten in der Audienz berichtigt werden kann.

Welchen hohen Werth der revidirte Entwurf auf das schriftliche sogenannte Vorverfahren lege, und wie entschieden er dasselbe zum eigentlichen Hauptprozesse mache, erhellt auch aus der Bestimmung, daß die Darstellung des Streitverhältnisses nur einem vom Instruenten verschiedenen Mitglied' anvertraut werden dürfe. Diese Anordnung, die ich übrigens im reinen schriftlichen Prozesse zu tadeln nicht geneigt wäre, vermehrt die Arbeit der Gerichte der ersten Instanz, sogar abgesehen von der auf die Audienz zu verwendenden Zeit, gegen ihre bisherige; da diese Absönderung des Referenten von dem Instruenten in dem bayerischen Prozeßverfahren nicht vorgeschrieben ist, und der Instruent, der den Innhalt der Akten schon kennt, zur Verfassung einer solchen Darstellung nicht halb so viel Zeit nöthig hat, als ein Anderer.

Die bayerischen Gerichtsstellen erster Instanz haben also nach dem revidirten Entwurfe in jeder Rechtssache

zwei Prozesse, den bisherigen bayerischen in eine noch strengere Form gebrachten schriftlichen, und den französischen, zu verhandeln, und zu bearbeiten.

Zur Verwaltung der Justiz in Bayern ist mithin künftig nebst dem ganzen Personal der itzt bestehenden Justizkollegien und einzelnen Richter erster Instanz, mit verhältnißmäßiger Vermehrung in Hinsicht auf jene Bezirke, wo bisher die Justiz nicht kollegialisch verwaltet wurde, auch noch die ganze Zahl jener Kollegialräthe erfoderlich, welche in Frankreich die Bezirksgerichte bilden. Das Gericht hat nämlich nebst dem, daß der schriftliche Prozeß von einem seiner Mitglieder, wie bisher, instruirt, dann von einem andern Mitgliede die Darstellung des Streitverhältnisses, oder mit andern Worten, wie bisher, der Vortrag verfaßt, und in der Sitzung abgelesen werden muß, auch noch die Reden der Advokaten anzuhören, welches Leztere den französischen Richtern allein obliegt. Da mit Grund nicht vorausgesezt werden kann, daß die deutschen Advokaten sich in ihren mündlichen Vorträgen kürzer fassen werden, als die französischen; so kann nicht widersprochen werden, daß diese Audienzen allein gerade eben so viel Zeit, und eine eben so große Anzahl von Richtern erfodern, als in Frankreich, wo sie das einzige Geschäft der Richter sind.

Es läßt sich daher mit dem höchsten Grade der Wahrscheinlichkeit bestimmen, daß die Bezirksgerichte, wenn diese Verbindung des deutschen schriftlichen, und des französischen mündlichen Prozesses nicht abgeändert wird, mit der ihnen in der Beilage VI. zugedachten Richterzahl nicht auslangen werden, sondern dieselbe wenigstens bis auf das Doppelte zu vermehren seyn werde.

Das Kreis- und Stadtgericht München z. B. das an Direktoren, Räthen und Assessoren 23 Mitglieder zählt, mehr als 20 Accessisten beschäftigt, und doch seiner Geschäfte kaum Meister wird, möchte wohl, wenn auch in seinem Bezirke mehrere Stadt- und Landgerichte gebildet, und mit einem Theile seiner Arbeiten belastet werden, auch ohne Vergrößerung seines Bezirks, noch einer bedeutenden Vermehrung des Personals bedürfen, da es

nebst dem, daß ihm die Appellationen von den Aussprüchen der Stadt- und Landgerichte in summarischen Prozessen, und über Polizeystrafen, und die Erkenntnisse in Verbrechens- Vergehens- und schweren Uebertretungsfällen neu zuwachsen, zur Entscheidnng jedes Civilprozesses wenigstens des doppelten Zeitaufwandes, nämlich zur Anhörung des unter dem Namen der vollständigen und getreuen Darstellung des Streitverhältnisses erscheinenden Aktenauszugs, und der mündlichen Auseinandersetzung der Advokaten, bedarf. Es muß dabei erwogen werden, daß die von dem Kreis- und Stadtgerichte zur Uebernahme eines Theils seiner bisherigen Verrichtungen abzusöndernden Stadt- und Landgerichte schon als eine Vermehrung seines bisherigen Personals erscheinen, und nun auch noch ein Staatsanwalt, nebst Substituten hinzukommen soll.

Es läßt sich hieraus mit einer an Gewißheit gränzenden Wahrscheinlichkeit berechnen, daß bei einer solchen Prozeßordnung, troß der höchst bedenklichen Beschränkung der Berufungen, die nur die Ersparung einiger Appellations- und Oberappellationsräthe möglich macht, die Kosten der Justiz für den Staat sehr bedeutend höher als bisher, steigen werden; wobei es in der Wirkung ganz dasselbe ist, ob sie aus der allgemeinen Staatskasse, oder aus besondern Kreiskassen bestritten werden.

In demselben, wo nicht in einem noch ungünstigern Verhältnisse müssen sich auch die Kosten der prozeßführenden Parteien vermehren, die künftig, nebst allen bisherigen, auf den schriftlichen Prozeß zu verwendenden Auslagen an Taxen, Stempel- und Advokatengebühren, auch noch die mündlichen Verhandlungen der Advokaten und die damit verbundenen Reisen, oder Instruktionen neuer Advokaten, die sich am Sitze der Berufungsstellen aufhalten, zu bezahlen, und also nebst den bisherigen Kosten des bayerischen Prozesses auch noch jene des französischen zu bestreiten haben werden.

Man würde sich vielleicht über eine so empfindliche Vermehrung der Kosten trösten können, wenn durch die vorgeschlagene Zusammensetzung zweier mit einander un-

verträglicher Prozeßformen wenigstens eine größere Sicherheit der Rechtspflege bewirkt würde. Dieß ist aber keines Weegs der Fall. Da bei der vorgeschlagenen strengen Form des schriftlichen Vorverfahrens Alles auf die schriftlichen Ausführungen ankömmt; so können die mündlichen Darstellungen der Advokaten dadurch, daß sie von der Darstellung des Referenten und von dem Innhalte der Schriftsätze abweichen, nur Verwirrung in die Sache bringen, indem doch keine Rücksicht darauf genommen werden darf, und, wenn sie den Innhalt der Schriften wiederholen, nur das Gericht ermüden. Dadurch geht jeder Nutzen, welcher von dem mündlich öffentlichen Verfahren erwartet wird, verloren. Selbst das schriftliche Vorverfahren, auf welches doch nach der vorgeschlagenen Prozeßordnung Alles ankömmt, wirkt, wenigstens in den höhern Instanzen, jene Rechtssicherheit nicht, welche die bisherige bayerische Prozeßordnung gewährte; da nach dem §. 517 in der Berufungsinstanz keine neue vollständige und getreue Darstellung des Streitverhältnisses, (kein neuer Aktenauszug,) gemacht werden darf, und es also nur auf den Zufall ankömmt, ob die Advokaten, welche die Parteien in den höhern Instanzen vertreten, Fähigkeit und Eifer genug besitzen und anwenden, die in der Darstellung der ersten Instanz etwa befindlichen Mängel, Lücken, und falschen Ansichten aus dem Stegreife hervorzuheben, und in ein helles Licht zu stellen.

Es ließe sich vielleicht denken, daß die mündlich öffentliche Verhandlung, nach Einführung der vorgeschlagenen Prozeßordnung, als völlig überflüßig, nach und nach ganz aufhören, uud dadurch die Sache wieder von selbst ins alte Geleise kommen werde. Allein dieser Erwartung ist durch den §. 368 vorgebeugt, wornach, wenn beide Theile bei der Audienz ausbleiben, der Termin für vereitelt gehalten, und der Prozeß nicht entschieden wird, bis wenigstens ein Theil um Erneuerung der Audienztagfahrt ansucht, und dabei erscheint. Ueber dieß könnten es auch die Advokaten nicht wohl mit Sicherheit wagen, von der Audienz wegzubleiben, theils weil es dann in der Macht des Gegentheils wäre, die ihm vortheilhaften

allenfallsigen Lücken und schiefen Ansichten der vollständigen, getreuen, und kurzen Darstellung des Streitverhältnisses mit Stillschweigen zu übergehen, theils weil sich überhaupt nicht darauf zu verlassen seyn dürfte, daß die Richter ihre Aussprüche nicht mehr nach dem mündlichen, obgleich in Hinsicht auf Thatverhältnisse von dem Innhalte der Schriften abweichenden Vortrage des erschienenen Advokaten, als nach der in den Schriftsätzen vorgetragenen Thatgeschichte richten möchten.

Da es in repräsentativen Verfassungen sehr schwer ist, ein angenommenes Gesetz wieder aufzuheben, und gegen ein anderes zu vertauschen, so möchte es dem bayerischen Volke mit dieser Prozeßordnung wohl gehen, wie dem Zauberlehrling in Göthes Fabel, der den Besen zum Wasserträger gezaubert hatte, um sich ein Bad zurichten zu lassen, dem aber, weil er das Wort, den Zauber wieder zu lösen vergessen hatte, von dem geschäftigen Wasserträger alle seine Umgebungen, und selbst das Haus bis auf die Stiegen überschwemmt wurden. Umsonst rief er in seiner Angst, Wärst du doch der alte Besen, bis der Hexenmeister kam, und den Besen wieder in seinen Winkel bannte.

Nicht mit Stillschweigen kann endlich übergangen werden, daß unter den in den Motiven S. 3 genannten Stellen und Personen, welche Bemerkungen über den Entwurf von 1825 eingesandt haben, von denen bei Revidirung desselben Gebrauch gemacht wurde, weder des Appellationsgerichts zu Zweibrücken, noch eines zu demselben gehörigen Mitglieds Erwähnung geschieht.

Daß diese Gerichtsstelle, welche gerade über die Hauptsache, nämlich über die zur Einführung der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit erfoderlichen Modificationen die besten auf Theorie und Erfahrung gegründeten Erinnerungen zu machen im Stande gewesen wäre, gar nicht sollte vernommen worden seyn, ist nicht glaublich; hätte sie aber, obgleich vernommen, keine Aeußerung eingesendet; so würde die Wichtigkeit der Sache doch wohl erfodert haben, dieses Justizkollegium zur Einsendung seines Gutachtens noch ein-

mal aufzufodern, und, ehe dieses eingekommen wäre, nichts zu beschließen.

Man führt zur Vertheidignng der Verbindung des deutschen schriftlichen mit dem französischen mündlichen Prozesse an, daß es nöthig sey, durch die unabänderliche Feststellung der Thatverhältnisse im schriftlichen Vorverfahren dem Prozeß eine feste Grundlage zu geben. Diese sey vorzüglich für die obern Instanzen nothwendig; damit dem Appellationsrichter nicht eine andere Thatgeschichte untergeschoben werden könne. Es müsse daher gesetzlich bestimmt seyn, daß alle Thatumstände, Einreden, und Anträge bei Strafe des Ausschlusses zu Papier gebracht, und auch im mündlichen Verfahren nicht mehr verändert werden dürfen, außer so weit in der Veränderung ein Verzicht liege.

Allein, wenn die unabänderliche Festsetzung von Thatumständen und daraus folgenden Anträgen in Schriftsätzen unumgänglich nothwendig ist, und im mündlichen Verfahren schlechterdings nur das Alte wiederholt werden darf, (die Rechtsausführung kann ohnedieß in der Regel von der Erzählung der Thatverhältnisse nicht getrennt werden) so ist ein Zusatz von mündlichem Verfahren überflüßig, und, wegen der damit verbundenen großen Vermehrung der Kosten, schädlich; denn die bayerischen Gerichte werden auch künftig, wie bisher, wenn ihnen die Thatumstände, die den Anträgen der Parteien zur Grundlage dienen, unabänderlich in Schriften vorgetragen, und bewiesen werden müssen, auf die Vorträge ihrer Referenten, ohne des Anhörens weitläufiger mündlicher Wiederholungen dessen, was schon in Schriften gesagt worden ist, zu bedürfen, Recht sprechen können.

Soll aber das mündliche Verfahren als ein der repräsentativen Verfassung angemessenes Institut, und darum eingeführt werden, weil jede Partei das Recht haben muß, zur Ueberzeugung, daß dem versammelten Gerichte nichts von dem, was sie für sich anzuführen hat, verborgen bleibe, ihre Sache selbst vorzutragen, oder von ihrem Advokaten vortragen zu lassen; so muß es auch die

Hauptsache, und nicht bloß ein Anhang des schriftlichen Verfahrens seyn; die Partei muß eine im Gesetze gegründete Hoffnung haben, daß der mündliche Vortrag von Wirkung seyn, und nicht etwa darum unbeachtet bleiben werde, weil ihr Advokat in den Schriften die Thatsache verkehrt vorgetragen, oder das Wesentliche weggelassen hat.

Die Erwartung, daß die Gerichtsstelle keine von den Parteien nicht angeführte, oder unerwiesene und unrichtige Thatsache zur Grundlage ihrer Entscheidung machen werde, hat in der Oeffentlichkeit eine weit stärkere Bürgschaft, als in dem schriftlichen Vorverfahren; da eine Behauptung, deren Unrichtigkeit von so Vielen bezeugt werden könnte, dem Gerichte, welches eine Entscheidung darauf bauen wollte, nothwendig Ehre und Credit rauben müßte.

Ist es gleich nicht möglich, eine Anordnung zu treffen, wodurch die nämlichen mündlichen Vorträge, welche der Entscheidung der untern Instanz vorausgiengen, auch in den höhern Instanzen keine Veränderung leiden; so werden ja doch auch da wieder beide Theile gehört; und der höhere Richter wird sich durch kein Geschwätz einer Partei, die eine weder durch einen Beweis unterstützte, noch in den Entscheidungsgründen des Urtheils der ersten Instanz angedeutete, vom Gegentheile widersprochene Thatsache für sich anführt, irre führen lassen. In England, Frankreich, in der Schweiz, im Rheinkreis, in den preußischen neuen Erwerbungen jenseits des Rheins, und in andern Ländern, wo das mündlich öffentliche Verfahren eingeführt ist, weiß man ohne die im revidirten Entwurfe vorgeschlagene unveränderliche schriftliche Grundlage, die alles mündliche Reden überflüßig macht, fertig zu werden, und wird dieses in Bayern auch versuchen, oder den mündlich öffentlichen Prozeß, der in den deutschen Rheinländern, ohne die lästige Zugabe der alten schriftlichen Verhandlungen, dem Volke so angenehm ist, ganz aufgeben müssen.

Der Zweck der den mündlichen Prozeß vorbereitenden schriftlichen Verhandlungen ist nur, den Beklagten

von der an ihn gemachten Anfoderung, den Kläger aber von den Einwendungen des Beklagten in der Art bekannt zu machen, daß kein Theil unvorbereitet in der Audienz erscheine. Der Zwang, alle Behauptungen des Klägers schon in der schriftlichen Exception unter der Strafe des Eingeständnisses zu widersprechen, und alle Einreden bei Verlust derselben sogleich vorzutragen, und das Verbot, bei der mündlichen Verhandlung neue Thatsachen zur Begründung seiner Anträge vorzubringen, sind zur Erreichung dieses Zweckes eben so wenig nothwendig, als ein unter dem Namen einer kurzen getreuen und vollständigen Darstellung, oder unter einer andern Benennung den mündlichen Vorträgen vorausgehender Aktenauszug; weil das Gericht nur durch die mündlichen Vorträge der Parteien in den Stand gesetzt werden soll, zu entscheiden.

Hiernach werden also die angeführten §en, und andere dahin gehörige Bestimmungen, wenn die Prozeßordnung für das mündlich öffentliche Verfahren zweckmäßig eingerichtet seyn soll, abgeändert werden müssen.

Soll dem ungeachtet die Verbindung des deutschen schriftlichen mit dem französischen mündlichen Prozesse beibehalten werden; so wäre wenigstens zu wünschen, daß durch die gänzliche und nicht bloß theilweise Beibehaltung des Systems des Gönnerischen Entwurfs v. J. 1815 mehr Einfachheit, und Sicherheit in den schriftlichen Prozeß wäre gebracht worden.

Der Hauptgrundsatz dieses Systems besteht darinn, daß Kläger und Beklagte gleich in der ersten Schrift die Beweise der Thatsachen, auf welche sich ihre Ansprüche und Einreden gründen, bei Vermeidung des Ausschlusses beibringen oder anführen müssen.

Nur unter dieser Voraussetzung wird es gerecht, alle vom Beklagten nicht besonders beantworteten Thatsachen für eingestanden zu erklären, und alle nicht angebrachten Einreden auszuschließen. Nur der Kläger, welcher die Thatsachen, auf die er seine Anträge gründet, gleich mit Beweisen belegen muß, ist gezwungen, sie deutlich und bestimmt vorzutragen; hat er noch nicht

nöthig, um die Beweise besorgt zu seyn, so kann er seine Geschichtserzählung so undeutlich und zweideutig vortragen, daß der Beklagte sehr leicht einen Umstand außer Acht lassen kann, der nun als nicht widersprochen, erst in der Replik hervorgehoben, und als Hauptgrund der Klage geltend gemacht wird. Eben so geben oft erst die Beweismittel des Klägers, da sie erst recht klar machen, was er eigentlich wolle, zu Einreden Anlaß, die gegen eine arglistig eingerichtete Klage leicht außer Acht gelassen werden können. Ich beziehe mich hierüber auf die Ausführung in den Bemerkungen S. 89 bis 107.

Diese Einrichtung, welche die Parteien nöthigt, die Thatsachen, auf die es bei der Entscheidung ankömmt, gleich in den ersten Schriften in ihrer wahren Gestalt zu zeigen, würde nicht nur die vollständige und getreue Darstellung des Streitverhältnisses für die Audienz sehr erleichtern, sondern auch die Berichtigung der dagegen erhobenen Widersprüche auf dem kürzesten Wege möglich machen.

Die in den Motiven S. 193 gegen diese Verbindung der Angabe der Beweismittel mit der Geschichtserzählung geäußerten Besorgnisse von zu großer Häufung von Beweismitteln, und dadurch zu verursachender Weitläufigkeit der Verhandlungen und von der für die Parteien aus unnöthig geführten Beweisen entstehenden Gefahr, werden durch die Natur der Sache und durch die Erfahrung in Oesterreich und Preußen widerlegt. Der in der Klage oder Exception angebotene Beweis wird ja, den durch Urkunden ausgenommen, noch nicht geführt, und dieses Anerbieten verursacht mehr eine bestimmtere Darstellung der Thatsache, als eine Erweiterung der Prozeßschrift. Dann wird erst vom Gericht ausgesprochen, ob ein Beweis, von welchem Theile und durch welche aus den angebotenen Beweismitteln er geführt werden soll. Wie könnte die Partei in Gefahr kommen, mehr beweisen zu müssen, als sie schuldig ist? Die Erfahrung in Oesterreich lehrt, daß den Prozeß nichts so sehr abkürzt, als diese Einrichtung.

III.

Ueber die für den Vorsitzenden in Antrag gebrachte zweite Stimme.

Nach dem §. 371 der revidirten Prozeßordnung werden zur Giltigkeit eines Urtheils eines Collegialgerichts erster Instanz vier Richter, eines Appellationsgerichts vier Richter, und des Oberappellationsgerichts sechs Richter, jedesmal einschließlich des Vorstands erfodert, und der Vorsitzende hat, wenn die Stimmen auf beiden Seiten gleich, oder alle einzelnen Stimmen verschieden sind, eine zweite Stimme. Der Vorsitzende kann bei Verhinderung der Vorstände des Gerichts nach der Beilage VI §. 44 auch der älteste Rath seyn, und giebt seine Stimmen zuletzt.

Zu einer Richterstelle wird niemand zugelassen, der sich nicht über vollendete Rechtsstudien ausgewiesen hat, in einer neuerlichen strengen Prüfung über seine Kenntniß der Civilgesetze bestanden, und nach mehrjähriger Praxis fähig befunden worden ist. Es ist auch sehr oft der Fall, und der Natur, die ihre Gaben nicht gleich austheilt, ganz angemessen, daß ein jüngerer Rath mit einem schnellern Fassungsvermögen, mit einer richtigern Beurtheilungskraft, und mit tiefern Kenntnissen versehen ist, als sein älterer College, oder ein anderer Vorsitzender.

Man hat daher in allen Ländern europäischer Cultur in Hinsicht auf die Rechtssicherheit auf eine Versammlung mehrerer gleich gebildeter Rechtsgelehrten ein größeres Vertrauen, als auf Einzelne setzen zu müssen geglaubt, und überall, wo nicht in der ersten Instanz, doch in den höhern Instanzen, die Entscheidung streitiger Rechtsfälle Justizkollegien anvertraut. Durch die Begabung des Vorsitzenden mit 2 Stimmen ist aber gerade in den zweifelhaftesten, folglich in jenen Fällen, wo nur eine überwiegende Mehrzahl von Mitgliedern des Gerichts einige Beruhigung verschaffen kann, die Entscheidung wieder auf einen Einzelnen, und zwar auf eine weit bedenklichere Art, als, wenn dieser

Einzelne der einzige Richter wäre, zurückgeführt; weil hier der Vorsitzende schon die größere Zahl der Mitstimmenden gegen sich hat, dem einzelnen Richter aber in der ersten Instanz noch gar keine, und in der höhern Instanz nur eine Meinung entgegenstände.

Die Aufhebung der Collegialität in allen Instanzen wäre mithin nicht nur in Beziehung auf die Wohlfeilheit, weil 4 einzelne Richter in der nämlichen Zeit viermal so viele Rechtssachen entscheiden können, als vier in einem Collegium vereinte, sondern auch in Ansehung der Rechtssicherheit einem so übermäßigen Vorzuge der Vorsitzenden vorzuziehen.

Wenn Gott demjenigen, dem er ein Amt verleiht, auch Verstand gibt; so gibt er doch dem Vorsitzenden nicht schon darum, weil er obenan sitzt, den doppelten Verstand jedes Einzelnen seiner Collegen.

In den Fällen einer solchen Stimmengleichheit wäre es offenbar besser, die Entscheidung den Würfeln, als einer zweiten Stimme des Vorsitzenden zu überlassen. Nicht nur die Parteien würden sich bei dem Ausspruche des Schicksals leichter beruhigen, sondern auch den Vorsitzenden würde dadurch ein von einer so gewagten Entscheidung in den meisten Fällen unzertrennliches ängstliches Gefühl erspart werden.

In Frankreich wird im Falle der Stimmengleichheit nach dem §. 118 des Code de proced: mit Zuziehung noch eines Richters, Suppleanten, Advokaten, oder Avoués die Sache von neuem verhandelt und entschieden. In Bayern, Oesterreich, Preußen, und in allen übrigen deutschen Ländern wird dafür gesorgt, daß die Zahl der zu einem Rechtsspruche vereinigten Collegialmitglieder ungleich ist. Entsteht eine Gleichheit der Stimmen; so entscheidet der Vorsitzende, der seine Stimme sonst gar nicht abgibt, durch seine einzige wirkliche, und nicht durch eine fingirte zweite Stimme. Zwei Stimmen sind meines Wissens in Justizgegenständen dem Vorsitzenden nirgends eingeräumt.

Zwar hat eine Verordnung vom 10ten Junius 1810 (S. 489 des Regierungsblatts) dem Vorstand eines bayerischen Landgerichts in dem Falle, daß die sämtlichen Mitglieder dieses Gerichts verschiedener Meinung sind, und eine Stimmenmehrheit nicht hergestellt werden kann, eine zweite Stimme eingeräumt; allein diese Verordnung hat nie den Beifall gründlicher Rechtsgelehrten erhalten, und war, wie es scheint, bloß auf die Beschaffenheit der damals noch nicht lange gebildeten Landgerichte berechnet, bei welchen die sehr gering besoldeten Assessoren und Aktuare meistens aus wenig geübten Rechtskandidaten bestanden, und nur die Landrichter erfahrne Geschäftsleute waren. Sie ist auch nie weiter, als auf die Landgerichte ausgedehnt worden, und kann auch schon darum nicht zum Grunde dienen, eine solche Anomalie zur Grundlage der Organisation aller Gerichte zu machen, weil sie zum Theil auch durch die unrichtige Meinung, daß die Erkenntnisse der Landgerichte mehr für Versuche als für wirkliche Urtheile zu halten seyen, veranlaßt worden zu seyn scheint.

Es dürfte daher wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß diese bedenkliche Neuerung den Beifall der Stände des Reichs nicht erhalten werde.

IV.

Von der Beschränkung der Appellationen.

Nebst der schon im Entwurfe v. J. 1825 §. 987 vorgeschlagenen unbedingten Abschaffung der Appellation an die dritte Instanz gegen 2 gleichförmige Erkenntnisse, ist im §e 509 die Appellationssumme zur zweiten Instanz auf 150 fl., und zur dritten Instanz bei nicht gleichförmigen Erkenntnissen auf 400 fl. erhöht worden; wobei nach dem §e 510 nicht nur Zinse, Kosten, Nutzungen und Schäden nicht miteingerechnet werden, sondern auch bei Klagenhäufungen eine Zusammenrechnung der verschiedenen Klagsummen nicht Statt finden soll.

In Sachen, die im summar'schen Prozesse verhandelt werden, findet nach dem §e 509 eine Berufung zur dritten Instanz ohne Unterschied nicht Statt.

Nach der bayerischen Gerichtsordnung v. J. 1753 kann von den Aussprüchen einzelner Richter unbedingt, und von den Erkenntnissen der Rechtskollegien bei einem Betrage von 50 fl. zur zweiten, und von dieser zur dritten Instanz, bei nicht gleichförmigen Urtheilen, wenn die Beschwerdesumme 100 fl. beträgt, gegen gleichförmige Urtheile aber, wenn sie den Betrag von 300 fl. erreicht, appellirt werden. Dabei werden bei Klagehäufungen die Summen zusammengerechnet. Auch bei summarischen Prozessen findet die Appellation an die dritte Instanz Statt. Solchen armen Parteien, deren ganzes Vermögen auf dem Prozesse beruht, wird die Berufung unbedingt auch an die dritte Instanz gestattet.

Durch die vorgeschlagene Abänderung soll die Appellationssumme nicht nur um das Drei- und Vierfache erhöht, sondern auch die Berufung zur dritten Instanz in den meisten Fällen gänzlich aufgehoben werden.

Diese Beschränkung mag wohl Prozesse vermindern; der Rechtspflege aber wird sie gewiß nicht gedeihlich seyn; als eine Wohlthat für das Volk, als ein Fortschritt zum Bessern kann sie nicht angesehen werden.

Es ist eine schon oft gesagte Wahrheit, daß der Werth eines Prozesses nur beziehungsweise gedacht werden kann. Was dem reichen Wechsler eine Kleinigkeit ist, darinn besteht die ganze zeitliche Wohlfahrt des geringen Mannes; und dem Kleinhäusler thut es eben so wehe, wenn er seine Hütte und seinen Kartoffelacker verliert, als dem Besitzer eines großen Gutes, wenn ihm dieses abgesprochen wird.

Das Vermögen der meisten Familien aus der geringern Volksklasse in Bayern wird selten den Betrag von 400 fl. viel übersteigen; welch ein peinliches Gefühl, den größten Theil seines Vermögens durch den Ausspruch der zweiten Instanz verlieren zu müssen, ohne

die Entscheidung eines dritten mit größerm Vertrauen beehrten Gerichts verlangen zu dürfen, da man doch nach dem Urtheile vielleicht eben so achtbarer Richter, als jene der zweiten Instanz seyn mögen, Recht gehabt hat!

Die Erfahrung lehrt, daß die wenigsten, alle drei Instanzen durchlaufenden Prozesse den Betrag von 400 fl. erreichen. Der größte Theil derjenigen, die das Unglück haben, in Prozesse verwickelt zu werden, wird daher Ursache zu haben glauben, über eine unvollständige Rechtspflege zu klagen.

Im Exekutiv = und Arrestprozesse, bei possessorischen und Sequestrationsklagen, welche Gegenstände nach den Motiven S. 435 zu den summarischen Prozessen gerechnet werden, können Hunderttausende auf dem Spiele stehen, und dennoch soll auch hier ohne Unterschied die Revision nicht Statt finden. Welche Beschränkung!

Alle Prozeßordnungen lassen bei dem Beweise durch Kunstverständige, für den Fall, daß nur zwei gebraucht werden, und diese uneinig sind, noch einen Dritten beiziehen, welcher durch seine Stimme für die eine oder die andere Partei entscheiden muß *). Was von dieser Gattung des Beweises gilt, das gilt in gewissem Maaß auch von der Entscheidung des Prozesses. Das Rechtsgefühl ist nicht befriedigt, wenn ein Gericht das Urtheil eines andern Gerichtes geradezu abgeändert hat, besonders da es sehr oft geschieht, daß ein in der ersten Instanz einstimmig beschlossenes Urtheil in der zweiten nur durch eine kleine Stimmenmehrheit abgeändert wird. Die Natur der Sache scheint zu fodern, daß noch ein drittes Gericht durch seine Entscheidung dem einen oder dem andern Ausspruch ein Uebergewicht gebe.

Dieses würde noch mehr der Fall seyn, wenn es bei der zweiten Stimme des Vorstandes bliebe; indem es dann geschehen könnte, daß durch 2 Stimmen gerade das Gegentheil dessen rechtskräftig festgesetzt würde, was 6 Stimmen recht fanden.

---

*) Bayer. Gerichtsord. Kap. XII. §. 4 Nro. 2
Oest. Gerichtsord. §. 196.
Code de proced. §. 303.

In Frankreich zwar kann von dem Ausspruch eines Bezirksgerichts, wenn der Werth des Gegenstandes nicht tausend Franken übersteigt, nicht appellirt werden, und eine dritte Instanz besteht dort nur, wenn die Form verletzt, oder gegen den klaren, oder für klar ausgegebenen Innhalt eines Gesetzes erkannt ist; allein die große Beschränkung der Appellationen ist gerade nicht die schöne und gute Seite der französischen Rechtspflege: sie verdient nicht gegen eine längst bestehende, von den Voräl-tern ererbte, und so gleichsam zum Nationaleigenthum gewordene bessere Einrichtung eingetauscht zu werden.

Wie sehr man auch in Frankreich die Härte dieser Beschränkung der Berufungen fühle, und wie bitter man sich darüber beklage, davon gibt Herr von Feuerbach in seinen Betrachtungen über die Mündlichkeit und Oeffentlichkeit der Gerechtigkeitspflege B. II. S. 75 ein belehrendes und wohl zu beherzigendes Zeugniß.

Ein der Nachahmung würdigeres Beispiel in Hinsicht auf die Beschränkung der Appellationen durch Summen hätte die österreichische Gerichtsordnung dargeboten, die weder für die zweite, noch für die dritte Instanz irgend eine Appellationssumme kennt, und doch durch ihre Einfachheit bewirkt hat, daß seit 46 Jahren zur Entscheidung der Appellations- und Revisionsprozesse weniger denn der vierte Theil von Räthen hinreicht, als verhältnißmäßig in Bayern dazu erfodert werden.

Hätte die Redaktion des revidirten Entwurfs einige auf Erfahrung gegründete Kenntniß von der österreichischen Gerichtsordnung gehabt; so würde wahrscheinlich eine für die Sicherheit des Rechts so unerfreuliche Erschwerung der Berufungen nicht vorgeschlagen, und in den Motiven S. 427 nicht behauptet worden seyn, daß es noch keiner Gesetzgebung in der Welt gelungen sey, ohne bestimmte Berufungssummen durchzukommen.

Auch die preußische Prozeßordnung hat Tit. XIV, §. 5 die Appellationssumme, selbst von Aussprüchen der Obergerichte, auf 30 Reichsthaler, und Tit. XV, §. 2 die Revisionssumme bei Erkenntnissen verschiedenen Innhalts auf

100, bei gleichlautenden Erkenntnissen der beiden untern Instanzen aber auf 200 Reichsthaler festgesetzt. Diese Bestimmungen sind ebenfalls dem in Bayern seit Menschenaltern eingeführten, und durch lange Gewohnheit liebgewonnenen Prozeßrechte weit näher verwandt, als die im revidirten Entwurfe vorgeschlagenen, dem französischen Verfahren ohne Noth nachgebildeten Beschränkungen.

Es stehen denselben aber noch zwei Hindernisse im Wege, die kaum zu übersteigen seyn dürften. Das erste ist die zum Vortheile der mittelbaren Reichsangehörigen nöthig befundene Ausnahme; indem es nach der Beilage III §. 8 in allen Rechtssachen, welche sich bei den unmittelbaren Gerichten zur Competenz der Bezirksgerichte eignen, wenn sie bei den mittelbaren Gerichten verhandelt und entschieden werden, bei der bisherigen Berufungssumme, dem bisherigen Instanzenzug, und der noch bestehenden Instanzenzahl sein Verbleiben haben soll.

Wenn die vorgeschlagenen Beschränkungen der Appellation und Revision eine wirkliche Verbesserung der bisherigen Rechtspflege wären; so würde wohl auch auf den Beifall der Standes- und Gutsherrn gezählt werden können; und es bedürfte einer solchen Ausnahme zu Gunsten der mittelbaren Gerichte nicht. Nur die Unwahrscheinlichkeit der Einwilligung der Gerichtsherrn konnte einem Vorschlage den Ursprung geben, wornach gegen den Innhalt der Verfassungsurkunde Tit. VIII, §. 7 zweierlei Prozeßordnungen eingeführt werden sollen, deren eine für unmittelbare und die andere für mittelbare Bayern gelten soll; eine Neuerung, die um so bedenklicher wäre, je offenbarer sie einen der ersten Grundsätze der Verfassungsurkunde, Gleichheit der Gesetze, und vor dem Gesetze angreifen würde. Das Recht, auf die bisherige sehr wenig eingeschränkte Weise an die zweite und dritte Instanz appelliren zu dürfen, würde hiedurch zu einem Privilegium der mittelbaren Unterthanen, das noch über dieß der Staatskasse lästig wäre; weil zur Entscheidung der von den Aussprüchen der mittelbaren Gerichte ergriffenen Appellationen die Appellationsgerichte, und das Oberappellationsgericht stärker besetzt seyn müßten.

Zur Einführung dieses Unterschieds wäre, da er eine Abänderung der Verfassungsurkunde enthält, nach dem Tit. X, §. 7 derselben eine Mehrheit von 2 Drittheilen der Stimmen in jeder der beiden Kammern der Ständeversammlung nöthig.

Das zweite Hinderniß liegt im Art. 12 der deutschen Bundesakte vom 8. Juni 1815, wornach die Gerichte dritter Instanz, wo sie vorhanden sind, in ihrer bisherigen Eigenschaft erhalten werden sollen. Eine Abänderung, durch welche wenigstens drei Viertheile der bisherigen Wirksamkeit der dritten Instanz in Bayern aufgehoben würden, scheint mit dieser Bestimmung nicht vereinigt werden zu können.

Es läßt sich hiernach in dem sehr wesentlichen Punkte der Appellationen und Revisionen dem revidirten Entwurfe nicht nachrühmen, daß er den Entwurf v. J. 1725 verbessert habe. Die vorgeschlagenen Beschränkungen der Berufungen müssen vielmehr für eine sehr klägliche Verschlimmerung des §s 986 jenes ältern Entwurfs gehalten werden.

Der schon im Entwurfe vom Jahr 1825 vorgeschlagenen gänzlichen Aufhebung der Berufung gegen 2 gleichförmige Erkenntnisse an die dritte Instanz scheinen dieselben Bedenken entgegen zu stehen. Hiezu kömmt noch, daß selbst in Frankreich der Rekurs an den Cassationshof unbedingt, nicht nur, wenn gegen die Form gefehlt ist, sondern auch, wenn gegen ein ausdrückliches Gesetz gesprochen wurde, gestattet wird. Welch eine weite Ausdehnung dieser letztern Bestimmung gegeben werde, und wie leicht es sey, eine Civilsache an den Cassationshof zu bringen, bezeugt Herr von Feuerbach in dem öfters angeführten Werke B. II, S. 103.

Ich setze den über diesen Punkt in den Bemerkungen S. 138 gemachten Erinnerungen nur noch bei, daß eine Gerichtsstelle wie das Oberappellationsgericht nebst dem, daß ihre Mitglieder aus den tüchtigsten Geschäftsmännern des ganzen Reichs gewählt sind, auch durch ihre in der Regel Statt findende Unbekanntschaft mit den Parteien, am meisten geeignet ist, Vertrauen zu erwecken.

Uebrigens wird durch die Abschaffung der Appellationen gegen zwei gleich lautende Erkenntnisse nur der Gehalt einiger Oberappellationsräthe erspart; was im Ganzen wohl schwerlich wichtig genug seyn möchte, um ein Verfahren aufzuheben, das von dem Volke nicht ohne Grund für ein wichtiges Recht gehalten wird.

V.

Von andern Bestimmungen über die Appellation und Adhäsion.

Nach dem §e 508 muß die Berufung im ordentlichen Prozeß in einer Nothfrist von 30 Tagen, in summarisch verhandelten Sachen aber binnen 14 Tagen angebracht werden. Durch diese Bestimmung sind die Erinnerungen, die ich in den Bemerkungen S. 53 und 136 gegen die Kürze der im §. 980 des Entwurfs v. J. 1825 vorgeschlagenen 10tägigen Frist machen zu müssen glaubte, in dem Fall ohne Zweifel gehoben, wenn das schriftliche Verfahren, wie es der Zweck des revidirten Entwurfs ist, die Hauptsache, die mündliche Zugabe aber nur eine Nebensache bleibt; und wenn also in den höhern Instanzen keine neue Thatsache mehr angeführt werden darf. Soll hingegen das mündliche Verfahren als die Hauptsache, und in der Art Statt finden, daß die Gerichtsstelle keine ängstliche Rücksicht auf ein schriftliches Vorverfahren zu nehmen hat, muß folglich ein am Sitze des Appellationsgerichts befindlicher neuer Advokat erst unterrichtet werden; so reicht eine Frist von 30 und 14 Tagen zur Vorbereitung auf die Berufung nicht hin; da vorausgesetzt werden muß, daß der gewählte Advokat zu gleicher Zeit mit mehrern Apellationen beschäftigt sey, und daß die erste Information, besonders wo sie schriftlich gemacht werden muß, nicht immer hinreichen werde. In Frankreich hat man eine dreimonatliche Appellationsfrist für nöthig geachtet; in Bayern dürfte sie, wie ich schon in den Bemerkungen erinnert habe, wenigstens doch auf 2 Monate zu setzen seyn.

Auch der revidirte Entwurf gestattet dem Appellaten keine Appellationsexception, und scheint dießfalls in der zweiten Instanz wieder ersparen zu wollen, was in der ersten zu viel geschehen ist. Um Wiederholungen zu vermeiden, setze ich der 18ten Erinnerung in den Bemerkungen S. 136 nur noch bei, daß selbst in Frankreich, wo doch das mündliche Verfahren auch in der zweiten Instanz die Hauptsache ist, eine schriftliche Beantwortung der Appellationsausführung zu übergeben gestattet wird *).

Der §. 517 läßt in der Audienz bei den Appellationsgerichten in dem mit vier, bei dem Oberappellationsgericht aber in dem mit sechs Richtern einschließlich des Vorstands besetzten Gerichte, die in der ersten Instanz schon entworfene kurze Streitübersicht, das vorige Urtheil, dann die Berufungs- und Adhäsionsanmeldung lesen, und endlich die Parteien sprechen.

Wie wenig es angehen könne, die Gerichte mit 4 und 6 Richtern einschließlich des Vorstandes zu besetzen, und so dem Vorstand im Falle der Stimmengleichheit 2 Stimmen einzuräumen, habe ich schon bemerkt. Es ist aber auch so, wie die Prozeßordnung angelegt ist, unausführbar, nur die in der ersten Instanz entworfene Streitübersicht ablesen zu lassen, und zur einzigen Grundlage der Entscheidung auch in den höhern Instanzen zu machen. Wer Recht sprechen soll, muß mit eignen Augen sehen, und mit eignen Ohren hören können. Da nach dem Systeme des revidirten Entwurfs auf das schriftliche Verfahren Alles ankömmt, und nach dem §. 513 in der Appellationsschrift auch nichts Neues vorgebracht werden darf; so kann man einem Gerichte nicht zumuthen, daß es die Verhandlungen, die allein als Richtschnur für sein Urtheil dienen sollen, nur durch die Brille, die ihm von dem Referenten der untern Instanz vorgehalten wird, sehen, und die Entscheidung dieser Instanz nur unter der

*) H. A. Lehzen ausführliches System des französischen Civilprozesses S. 389.

Ansicht beurtheilen soll, unter welcher die Behörde, gegen welche sich beschwert wird, sie dargestellt hat. Wer bürgt dem Appellationsgerichte dafür, daß der Referent der ersten Instanz nicht wesentliche Umstände, welche die ganze Sache ändern, für unwesentlich angesehen, und weggelassen, oder den Vortrag der Partei mißverstanden, und anders dargestellt habe, als ihre Meinung war? Daß dieses sehr häufig der Fall ist, wird kein erfahrner Geschäftsmann bezweifeln. Die zweite und dritte Instanz muß also, wenn das System des revidirten Entwurfs beibehalten wird, sich wenigstens durch einen Referenten eine neue Darstellung der Streitübersicht vortragen, oder doch die alte durch Vergleichung mit den Akten berichtigen lassen. Wie könnte den Einwendungen, die eine der Parteien gegen den Innhalt der vorgelesenen Darstellung der Streitübersicht machen möchte, begegnet werden, wenn auch nicht ein Mitglied des Gerichts die Akten gelesen hätte? Ein Appellationsgericht, oder Oberappellationsgericht, welches durch das Gesetz gefesselt, der ersten Pflicht des Richters, sich von den Verhandlungen der Parteien selbst zu unterrichten, nicht genug thun könnte, würde dem Vorwurfe des Leichtsinns, oder gar der Gewissenlosigkeit, ohne sein Verschulden, in vielen Fällen nicht entgehen.

Das Verfahren der höhern Instanzen muß also nothwendig noch durch einen neuen Vortrag eines Referenten vermehrt, und, da nebst dem, daß die Appellationsschrift vorgelesen wird, auch die mündlichen Vorträge der Parteien zu hören sind, zu jeder Entscheidung wenigstens noch einmal so viel Zeit, als bisher, verwendet werden, wenn das vorgeschlagene System durch alle Instanzen consequent durchgeführt werden soll.

Die Sitzungen der Appellationsgerichte werden mithin verdoppelt werden müssen; wornach den Räthen zu den Referentenarbeiten nur wenig Zeit mehr übrig bleiben wird, und also ihre Zahl, nicht nur nicht vermindert werden kann, sondern noch zu vermehren ist; denn die vorgeschlagene große Einschränkung der Appellationen, von der wohl eine bedeutende Erleichterung der höhern Instanzen

zu erwarten wäre, hat zu viel gegen sich, als daß ihre Annahme vorausgesetzt werden könnte.

Hiernach kann auch in den höhern Instanzen nur entweder das mündlich öffentliche Verfahren, wie es in Frankreich und im Rheinkreis üblich ist, ohne vorausgegangene strenge Formen des schriftlichen Prozesses, oder der reine schriftliche Prozeß zum Ziele führen. In jenem sind nebst dem Urtheile der ersten Instanz, und den Appellationsanträgen nur die mündlichen Vorträge der Parteien, und in diesem nur die Vorträge der Referenten zu hören.

In Hinsicht auf die Adhäsion hat der §. 514 des revidirten Entwurfs die Bestimmung des §s 983 des Entwurfs vom Jahr 1825 unverändert beibehalten; ich kann daher dießfalls die in den Bemerkungen S. 140 gemachte 21te Erinnerung nur wiederholen. Bleibt die Redaktion des Entwurfs stehen, so wird das Recht zur Adhäsion für den Appellaten nur in den allerseltensten Fällen anwendbar, oder von Nutzen seyn.

VI.

Von dem Rekurse.

Der revidirte Entwurf hat im 540ten §e die Bestimmung des §s 1038, Abschnitt 4 des Entwurfs v. J. 1825 beibehalten, daß nur gegen Dekrete, aus deren Befolgung in der Sache selbst ein Nachtheil erwächst, der durch ein günstiges Urtheil in derselben, oder in einer höhern Instanz nicht mehr abgewendet werden kann, ein selbstständiger Rekurs statt finde, gegen alle andere Dekrete aber die Beschwerde, wenn sie nicht in derselben Instanz gehoben werde, mit der nächsten zuläßigen Berufung zu verbinden sey.

Die Hoffnung, daß durch diese Verfügung, weil sie viele Appellationen zu verhindern scheint, für die Abkürzung des Prozesses etwas gewonnen werden könne, hat selbst den Herrn von Gönner verleitet, dieselbe, sei-

ner frühern in seinem Entwurf einer Prozeßordnung Buch IV, Kap. I, §. 3, und in den Motiven dazu S. 824 geäußerten Meinung entgegen, in die Novelle vom 22. Julius 1819 aufzunehmen, und in seinen Anmerkungen dazu ganz ungemein weit auszudehnen. Aus dieser Novelle, worinn sie den §. 18 ausmacht, ist sie nun auch in die beiden Entwürfe, nur mit der Abänderung übergegangen, daß es, um des Vortheils zu genießen, bei der Appellation in der Hauptsache, die Beschwerde gegen das prozeßleitende Dekret noch anbringen, und dadurch oft die Aufhebung eines weitläufigen Verfahrens bewirken zu können, nicht mehr nöthig seyn soll, sich früher gegen dasselbe zu verwahren.

Die Erfahrung hat den auf diese Anordnung gesezten Hoffnungen nicht entsprochen, sondern vielmehr an den Tag gelegt, daß in ihr der Anlaß zu einer oft nur mit dem angestrengtesten Scharfsinne zu hebenden Verwirrung, und zur Anschwellung der Akten mit unbrauchbaren Verhandlungen, ja selbst eine Quelle der Vermehrung der Appellationen, und der Entstehung unnöthiger Prozesse liege; worüber die Schrift des Herrn Oberappellationsgerichtspräsidenten und Staatsraths Grafen von Arco, über die Ursachen der Zunahme der Appellationen an die dritte Instanz nachgelesen werden kann. Ich habe diese Sache in den Bemerknngen S. 25 u. f. umständlicher bearbeitet, und beziehe mich daher auf jene nähere Erörterung.

Vor dieser Klippe muß bei Einführung des mündlich öffentlichen Verfahrens um so mehr gewarnt werden, je schwieriger es für die Richter ist, bei einer bloß mündlichen Auseinandersetzung, nebst der auf die Hauptsache gehefteten Aufmerksamkeit, auch noch den durch viele unnütze Verhandlungen fortlaufenden Faden einer schlechten Prozeßleitung bis an seinen Ursprung zu verfolgen, und eine durch lange fortgesetzte Mißgriffe verwirrte Sache aus dem Stegreife wieder in Ordnung zu bringen.

Auch in der Behandlung der Rechtssachen ist es so, wie überall, besser, einem wahrgenommenen Uebel auf

der Stelle abzuhelfen, als demselben erst dann begegnen zu wollen, wenn es durch lange Verwahrlosung verschlimmert oder gar unheilbar geworden ist.

Nach meiner vieljährigen Erfahrung ist die Gestattung eines gegen ein prozeßleitendes Dekret binnen 14 Tagen zu ergreifenden Rekurses, wie ihn die österreichische Gerichtsordnung §. 267 vorschreibt, und wie ich ihn in den Bemerkungen S. 30 beschrieben habe, der in der angeführten Stelle des Entwurfes vorgeschlagenen Behandlung weit vorzuziehen.

VII.

Von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

In Frankreich ist die Entdeckung neuer Beweismittel kein Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein rechtskräftiges Urtheil, ausgenommen, wenn sich dasselbe auf Urkunden gründet, die später als falsch erkannt, oder dargethan werden, und wenn nach dem Urtheil entscheidende Urkunden entdeckt worden sind, welche der Gegner zurückgehalten hatte *).

Der Grund hievon mag wohl darinn liegen, daß die mündlichen Verhandlungen keine Spur zurücklassen, die Akten des schriftlichen Vorverfahrens aber über die eigentlichen Verhandlungen nichts Zuverläßiges enthalten, und deßwegen auch nach Endigung des Prozesses den Parteien zurückgegeben werden; woraus folgt, daß es in den meisten Fällen höchst mißlich, wo nicht unmöglich ist zu beweisen, daß ein Thatumstand, oder ein Beweis wirklich neu sey. Wenn daher das mündlich öffentliche Verfahren in Bayern selbstständig, und nicht als Zugabe des deutschen schriftlichen Prozesses eingeführt wird; so möchte es wenigstens rathsam seyn, dem §e 519, wel-

*) H. A. Lehzen im angef. Werke S. 397.

cher von diesem Wiedereinsetzungsgrunde handelt, den Beisatz beizufügen, daß die wirkliche Neuheit der Thatsachen und Beweise nicht dadurch, daß in dem schriftlichen Vorverfahren nichts davon enthalten sey, für bewiesen geachtet werden könne, sondern besonders dargethan werden müsse.

Uebrigens ist es überall, wo das mündlich öffentliche Verfahren eingeführt ist, gestattet, nicht nur bei der mündlichen Verhandlung, oder in der Audienz, neue, im schriftlichen Vorverfahren nicht angeführte Thatsachen und Behelfe anzuführen, sondern solche auch in der Appellationsinstanz noch nachzutragen.*) Es kann auch aus dem schon angeführten Grunde nicht anders seyn; weil dem Appellanten in der Regel nicht nachgewiesen werden kann, daß die angeführte Thatsache in der Audienz nicht auch schon vorgekommen sey. Auf den Fall der Beibehaltung des schriftlichen Vorverfahrens als Hauptsache muß ich aber auch hier wieder auf die in meinen Bemerkungen S. 141, Erinnerung 22 erwähnte Lücke aufmerksam machen; indem der §. 519 des revidirten Entwurfs eben so wenig als der §. 1004 des Entwurfs v. J. 1825 solcher neuer Thatsachen, oder Beweise erwähnt, die vorher entdeckt worden sind, als die Urtheile der untern Instanzen rechtskräftig wurden; in Ansehung deren also entweder auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, oder, nach dem Vorgange der bayerischen Gerichtsordnung, das Recht, sie noch in den höhern Instanzen anzubringen, gestattet werden muß.

Im §e 521 Abs. 2 wird zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein Urtheil, welches sich auf eine falsche Urkunde, oder auf die Aussage eines meineidigen oder unfähigen Zeugen oder Sachverständigen gründet, gefodert, daß diese Umstände durch strafgerichtliche Erkenntnisse, oder nach Ablauf der strafgerichtlichen Verjährungszeit durch vollkommenen Beweis hergestellt seyn müssen. Es kann aber geschehen, daß der Urheber der

*) H. A. Lehzen im angef. Werke S. 390.

falschen Urkunde, oder der Meineidige zur Zeit der Entdeckung des Verbrechens schon gestorben ist, oder daß der eigentliche Verfertiger der Urkunde, wie dieses bei cedirten Schuldbriefen oder girirten Wechseln der Fall seyn könnte, gar nicht ausfindig zu machen, oder zur Haft zu bringen, über die Falschheit der Urkunde aber dennoch ein vollständiger Beweis vorhanden ist. Soll der Betrogene darum, weil ein strafrechtliches Erkenntniß nicht möglich ist, zur Erlangung seines Rechtes keinen Antrag machen dürfen, bis die für den gegebenen Fall gar nicht passende Verjährungszeit verflossen, und der Gegner vielleicht in Vermögensverfall gerathen ist? Eine gesetzliche Anordnung muß alle Fälle umfassen. Da die angeführte Einschränkung diese Eigenschaft nicht besitzt; so möchte hier die Redaktion des §s 1009 des Entwurfs vom Jahr 1825, daß über den Wiedereinsetzungsgrund ein an sich vollständiger Beweis erfoderlich sey, jener des revidirten Entwurfs vorzuziehen seyn.

Eben dieß muß auch von dem §e 522 behauptet werden, wornach wegen der von einem Advokaten bei der Vertretung verübten Untreue, und dadurch verursachten Beschädigung um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nur dann nachgesucht werden kann, wenn der Advokat der Untreue im Dienste für schuldig erkannt, oder nach der Verjährungszeit vollkommen überwiesen worden ist. Auch hier kann die Untersuchung und Verurtheilung des Advokaten nicht mehr möglich, über die von ihm verübte Untreue aber dennoch ein vollständiger Beweis vorhanden seyn. Die Bestimmung des Entwurfs v. J. 1825 §. 1010 Abs. 1, die nur diesen vollständigen Beweis fodert, verdient also den Vorzug.

Der revidirte Entwurf hat endlich die in der bayerischen Gerichtsordnung Kap. XVI, §. 1 Abs. 2 enthaltene, und im Entwurfe v. J. 1825 §. 1010 Abs. 2 wiederholte Begünstigung minderjähriger, oder anderer unter Curatel stehender Personen, des Fiskus, der Stiftungen und Gemeinden, wornach ihnen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen ist, wenn zu ihrem

merklichen Schaden im Prozeß etwas unterlassen wurde, mit Stillschweigen übergangen.

Was den Fiskus betrifft, so kann diese Beschränkung seiner Privilegien nur für gerecht und wohlthätig gehalten werden. Der königliche Fiskus wählt zu seiner Vertretung die geschicktesten Rechtsgelehrten, und ist also in der Regel besser vertreten, als jeder Privatmann. Sollte mithin auch einmal in einem seiner Prozesse etwas versehen worden seyn; so ist doch bei ihm wenigstens nicht mehr Grund zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vorhanden, als bei irgend einer andern Partei. Minderjährige und kuratelmäßige Personeu hingegen werden oft sehr schlecht vertreten, weil ihre Curatoren, wenn sie gemeine Leute sind, sich auf die Wahl tauglicher Sachwalter nicht verstehen, und aus denselben Gründen, aus welchen sie in Krankheitsfällen lieber unwissende Bader, als geschickte Aerzte zu Rath ziehen, die Prozesse ihrer Pflegbefohlnen den schlechtesten Advokaten anzuvertrauen pflegen. Hiezu kömmt, daß in den meisten Gegenden von Bayern Verlassenschaftsabhandlungen, Stellung, und Revisionen der Vormundschaftsrechnungen, und andere Waisengeschäfte von den Aemtern, vorzüglich auf dem Lande, wegen Ueberhäufung der Landgerichte mit andern Arbeiten, nur als Nebengeschäfte behandelt, und den Schreibern überlassen werden; was die Vertheidigung der Waisen in den aus Mangelhaftigkeit der Urkunden entstehenden Prozessen nur schwieriger macht.

In den Motiven S. 458 wird die Aufhebung des in der Frage liegenden Privilegiums der Minderjährigen zum Theile durch die Erwartung begründet, daß die Curatel künftig mehr Sache der Familien, als der Aemter werden dürfte, daß also, wie es scheint, der Antrag sey, den französischen Familienrath in Bayern einzuführen. Allein die Familienväter in der gemeinen Volksklasse, und besonders auf dem Lande bestehen in der Regel aus Leuten, die wohl zu ihren Handwerken, und zur Bestellung ihrer Felder, nicht aber zur Führung eines Prozesses die nöthige Geschicklichkeit besitzen, und die meistens bei geringem Vermögen und zahlreichen Familien nicht im Stande

sind, die gehörige Zeit auf die Angelegenheiten der ihrer Sorgfalt anvertrauten Waisen zu wenden. In Frankreich, wo die Angelegenheiten der Waisen durch die zahlreichen Notäre sehr gut in Ordnung gehalten werden, und wo die Friedensrichter bei geringerm Umfang ihres Gerichtssprengels mit den Geschäften der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, und dem Hypothekenwesen nicht beschwert sind, können dieselben als Vorsteher der Familienräthe wohl nützliche Dienste leisten. Auch in Oesterreich, wo die Bezirke der Landbeamten klein sind, und wo die Gesetzgebung seit Menschenaltern mit großer Sorgfalt die Angelegenheiten der Waisen in Schutz genommen hat, mag eine Verkürzung der Waisen in ihren Rechtsgeschäften seltner Statt finden. Wenn aber in Bayern nach der sehr richtigen Bemerkung des Landrichters Buchinger in seiner Schrift: Die Einführung der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit der Rechtspflege in Bayern, auch noch künftig die Landrichter wenigstens doppelt so viel zu arbeiten haben werden, als die Friedensrichter im Rheinkreise, denen die Geschäfte der nicht streitigen Rechtspflege, und der Exekution nicht obliegen; so werden die Verlassenschaftsabhandlungen, die Besorgung des Vormundschaftswesens, und andere wichtige Angelegenheiten der Waisen wohl noch größten Theils unwissenden Schreibern überlassen bleiben. Die Waisen werden daher, auch nach Einführung des Familienraths, wenn diese je Statt haben sollte, sehr oft in ihren Verträgen und gerichtlichen Geschäften unwiederbringlichen Schaden leiden, wenn ihnen das Gesetz nicht durch das Mittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu Hülfe kömmt. Consequent mit den noch bestehenden Civilgesetzen möchte es daher den Verhältnissen angemessen seyn, den 2ten Absatz des §s 1010 des Entwurfs v. J. 1825, die Gestattung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versehen im Prozesse betreffend, für minderjährige, und andere unter Curatel stehende Personen, dann für Kirchen, Stiftungen, und Gemeinden wieder aufzunehmen.

Uebrigens läßt sich schwer begreifen, warum den Minderjährigen, und den ihnen nach den Gesetzen gleich Geachteten, wenn wegen der im Prozesse zu ihrem Nachtheile vorgefallenen Versehen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ergangene Urtheile zu ihren Gunsten nicht mehr Statt haben soll, nach dem §. 187 dieselbe doch gegen versäumte Fristen, und zwar, wie es scheint, mit der ganzen bisherigen Ausdehnung auf die Zeit der Minderjährigkeit, und also dem königlichen Fiskus, und den ewig minderjährigen Körperschaften ohne Ende, ertheilt werden soll. Kann angenommen werden, daß diese physischen und moralischen Personen eben so gut vertreten werden, als andere, (was bei dem königlichen Fiskus gewiß der Fall ist); so darf ihnen auch kein Privilegium in Hinsicht auf die Versäumung von Fristen ertheilt werden. Hier ist der Mißbrauch, besonders in fiskalischen Prozessen, weit fühlbarer, und der Rechtspflege wegen der häufigen Wiederkehr ohne Vergleich nachtheiliger, als bei der Wiedereinsetzung gegen rechtskräftige Urtheile. Vorzüglich wäre eine billige Beschränkung der Zeit, binnen welcher für solche Personeu um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen einer versäumten Frist nachgesucht werden müßte, zu wünschen.

VIII.

Von der Staatsanwaltschaft.

Der Entwurf hat im §e 546 die Staatsanwaltschaft von der Vertretung des königlichen Fiskus, mit welcher sie in Frankreich verbunden ist, getrennt, ihr aber dafür, nebst der Pflicht in den im §. 545 benannten größten Theils auch in Frankreich ausgeschiedenen Fällen, besondere Anträge zu stellen, in den §en 544 und 548 zur Schuldigkeit gemacht, in allen Rechtssachen vor der Beschlußfassung, wodurch dieselben ihre endliche Erledigung erhalten sollen, ihre Meinung im Interesse des Gesetzes zu sagen, und, wenn sie das Gesetz durch den Beschluß

des Gerichtes für verletzt hält, die Berufung ebenfalls im Interesse des Gesetzes zu ergreifen. In Frankreich ist die Staatsprokuratur zwar berechtigt, aber nicht schuldig, in andern, als den ihrer besondern Aufsicht unterworfenen Prozessen ihre Anträge zu machen.

Diese Behörde soll ferner nach der Beilage VII, nebst Führung der Correspondenz für das Gericht, und Eröffnung der Anordnungen höherer Stellen, über Civilprozesse jährliche, über Criminaluntersuchungen aber vierteljährige Tabellen einsenden, und eine Art von Aufsicht nicht nur über das Gericht, bei welchem sie angestellt ist, sondern auch in Hinsicht auf die Verwaltung der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, und über die Führung der Hypothekenbücher im Bezirke führen.

Allein Herr Staatsrath von Feuerbach hat schon in seinen Betrachtungen über Mündlichkeit und Oeffentlichkeit der Gerechtigkeitspflege B. II, S. 240 u. f. sehr richtig bemerkt, daß die Einschreitungen der Staatsanwaltschaft im Interesse des Gesetzes der Mühe, und des Kostenaufwandes, die sie verursachen, nicht werth sind. Da die Staatsanwaltschaft eben so wenig unfehlbar ist, als ein Gerichtsmitglied, und da sie nur Anträge zu machen, nicht aber zu entscheiden haben soll; so bleiben die Gerichtsstellen, der Erinnerungen der Staatsprokuratoren, und ihrer Appellationen im Interesse des Gesetzes ungeachtet, auf ihren einmal angenommenen Meinungen. Ich habe in meinen Bemerkungen S. 23 und 137 zwei täglich wiederkehrende Rechtsfragen angeführt, ob nämlich die Beschwerde über ein Beweisinterlocut noch mit jener über die Hauptsache verbunden werden könne, und ob die Desertion einer Berufung von Amts wegen auszusprechen sey, die troß der Thätigkeit der Staatsprokuratur in Frankreich noch immer streitig sind.

Die Bemerkung des Herrn Staatsraths von Feuerbach, daß gerade dieser Theil des Wirkungskreises der Staatsanwaltschaft ein großes Personal erfodert, wird sich in Bayern, wo der Staatsanwalt bei jeder endlichen Entscheidung seine Belehrung ertheilen soll, noch in einem

weit höhern Grad, als in Frankreich äußern. Diese Abstimmungen, wozu der Staatsanwalt sich oft durch Lesung der Akten wird vorbereiten müssen, besonders wenn es bei dem schriftlichen Prozesse des Entwurfs bleibt, erfodern für jeden Senat eines Gerichts wenigstens einen Mann, der sich hauptsächlich nur mit diesem seinem Tagwerke beschäftigen kann. Da bei dem mühsamen Geschäftsgange, den die vorgeschlagene Gerichtsordnung erfodert, bei jedem Bezirksgerichte, eines in das andere gerechnet, wenigstens 3 Senate thätig seyn müssen; so sind schon zu dieser Verrichtung der Staatsanwaltschaft nebst dem Staatsanwalte 2 Substituten nothwendig, die aber wegen des wesentlich zur Staatsanwaltschaft gehörenden Amtes eines öffentlichen Anklägers, zum mindesten um eine, bei den meisten Bezirksgerichten aber um 2 Personen vermehrt werden müssen. Dieses verursacht für den Staat einen neuen Aufwand von vielen hundert tausend Gulden, und zwar zur Erreichung eines Zwecks, nämlich der gleichförmigen Auslegung zweifelhafter Gesetze, der durch die in meinen Bemerkungen S. 76 vorgeschlagene Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle wohl um den hundertsten Theil dieses Aufwandes, weit vollständiger erreicht werden könnte.

Sollen die sogenannten Anträge der Staatsanwaltschaft vor jeder Entscheidnng hauptsächlich nur eine Belehrung des Gerichtes darüber seyn, wie gesprochen werden soll, rührt also der Vorschlag dieser Anstalt von einem geheimen Mißtrauen gegen die Fähigkeit, Aufmerksamkeit, oder den guten Willen der Richter her; so ist das Mittel sehr unglücklich gewählt. Man kann gelten lassen, daß der Staatsanwalt und seine Substituten nur aus der Zahl solcher rechtskundiger Männer genommen werden sollen, die sich früher in den Studien, und bei der Prüfung für den Staasdienst, später aber, oder in ihrer praktischen Laufbahn durch passende Anwendung ihrer Kenntnisse, und eine richtige Beurtheilungskraft vor Andern ausgezeichnet haben. Was hindert denn aber, mit solchen vorzüglichen Männern die Richtercollegien selbst zu besetzen? hier haben sie nicht bloß eine berathende,

sondern eine entscheidende Stimme; ihre richtige Ansicht leistet nicht nur das, was man von der Staatsanwaltschaft verlangt, sie belehrt nicht nur die Mitstimmenden, sondern sie leistet auch den wirksamsten Beistand zum Siege des Rechts. Der Staat gewinnt durch diese Beibehaltung der alten Einfachheit den Gehalt überflüßiger Staatsdiener, und die Gerechtigkeit gewinnt die Ersparung mittelmäßiger Richter, die im Rathe sitzen würden, wenn ihre Stelle nicht durch die ausgezeichneten Mitglieder ersetzt würde, die sonst zur Staatsanwaltschaft bestimmt gewesen wären; denn die ausgezeichneten Talente, und übrigen dem Staatsdienst ersprießlichen Eigenschaften sind nicht so häufig, daß nicht oft mit der Mittelmäßigkeit für lieb genommen werden müßte.

Auch in Hinsicht auf die im §. 545 verzeichneten Rechtsgegenstände sind keine dringenden Gründe vorhanden, eine eigne Behörde zu schaffen, ohne deren Anträge die Entscheidung nicht Statt haben soll.

In Rechtssachen, welche die allgemeinen Interessen des Staats, oder verfassungsmäßige Rechte und Verhältnisse betreffen, darf schon nach den bestehenden Gesetzen, ohne vorhergehende Vernehmung der Vertreter des königlichen Fiskus, bei Strafe der Nichtigkeit nicht entschieden werden. Keine Noth scheint zu gebieten, daß diese Verrichtung der schon bestehenden Kronanwälte, und Kronfiskale einer neu zu errichtenden Behörde übertragen werde. Es dürfte also hinlänglich seyn, die Vertreter der Krone in solchen Fällen, statt sie mit ihrer schriftlichen Aeußerung zu hören, zur Audienz vorzuladen.

Sachen, welche die öffentliche Ordnung berühren, sind entweder mehr Polizei = als Rechtsgegenstände, oder sie gehören in die Rubrike der andern im §. 545 a bezeichneten Rechtsstreite.

Daß Ehen nicht getrennt werden, ist dem Staate zu wichtig, als daß es hier dabei sein Bewenden behalten sollte, daß ein Staatsanwalt vor der endlichen Entscheidung seine Anträge stelle. Es ist weit zweckmäßiger, daß

für das Fortbestehen der Ehe von Amts wegen ein Vertreter aufgestellt werde, der dieselbe im Interesse des Staats selbst gegen verstellte Zugeständnisse der streitenden Parteien vertheidige. Ein solcher Vertheidiger ist in Oesterreich der Kronfiskal; man sieht nicht, warum er es in Bayern nicht auch seyn sollte.

In Hinsicht auf Streitigkeiten über die Zuständigkeit des Gerichts, und auf Anträge zur Hinweisung einer Rechtssache an ein anderes Gericht ist kein Interesse des Staates sichtbar, dessen Vertheidigung vor der Entscheidung erfoderlich wäre; da es dem Staate gleichgiltig seyn kann, durch was für ein Gericht die Rechtsstreite entschieden werden.

In andern vom Gesetze besonders begünstigten Rechtssachen, wenn es deren überhaupt geben darf, worunter aber hier vielleicht die Prozesse der Waisen, und anderer ihnen gleich geachteter physischer und moralischer Personen gerechnet werden, kann ein Staatsanwalt durch seine Anträge nichts Anderes bewirken, als worauf das Gericht schon von Amts wegen Rücksicht nehmen muß. Nur wer eine Partei vom Anfang an vertritt, kann durch geschickte Führung des Rechtshandels auf desselben Ausgang einen günstigen Einfluß gewinnen. Die Staatsanwälte sollen sich ja aber in die Führung der Rechtsstreite der Minderjährigen nicht mischen. Dergleichen Personen vor Gericht nicht anders, als unter Vertretung ihrer Curatoren zuzulassen, liegt dem Gericht ohnehin ob; und die Erinnerung eines Staatsanwalts ist auch hier ganz überflüßig.

Recusationen von Gerichtspersonen und Gerichten, und Syndikatsklagen verdienen wohl, daß der Staat durch seine bestellten Aufseher davon Kenntniß nehme; weil es wichtig ist, zu wissen: ob irgend ein Richter, oder ein Gericht sich durch grobes Verschulden das Mißtrauen der Parteien, oder gar eine Syndikatsklage zugezogen habe, oder ob diese Anschuldigungen ungegründet seyen. Es kommt also hier darauf an, ob die Errichtung der Staatsanwaltschaft wenigstens zur Aufsicht über die Gerichte und Gerichtspersonen rathsam sey.

In dieser Hinsicht, und zwar darinn allein hat die französische Staatsanwaltschaft an dem Herrn Staatsrathe von Feuerbach*) einen Vertheidiger gefunden. Seine Gründe habe ich in meinen Bemerkungen S. 71 angeführt.

Unter meinen dagegen erhobenen Bedenken besteht nun zwar jenes nicht mehr, welches von der in Frankreich dem Staatsanwalt obliegenden Vertretung des Fiskus hergenommen ist. Da jedoch der Staatsanwalt ohne Zweifel zugleich in Strafrechtsgegenständen das Amt des öffentlichen Anklägers zu verwalten haben wird; so steht er vor dem Gericht, über welches er die Aufsicht führen soll, wenigstens in dieser Eigenschaft als Partei. Welch ein gefährliches Uebergewicht können hiedurch seine Anklagen über die Stimme des Vertheidigers erhalten!

Der Aufseher des Gerichtspersonals ist nach unserer Verfassung bei den Gerichten der ersten Instanz der Vorstand, bei jenen der höhern Instanzen der Präsident und der Direktor. Sind diese Personen tüchtige, und ihrem Amte gewachsene Geschäftsmänner, so reicht ihre Aufsicht vollkommen hin. Daß sie aber diese Eigenschaften besitzen, das steht gänzlich in der Gewalt des Justizministeriums, welches zu solchen Stellen nur Männer von erprobten Verdiensten vorschlagen wird. Ist dieses der Fall, so werden sie nicht schlafen, und nicht, wie Herr Staatsrath von Feuerbach meint, eines Wächters zum Aufwecken bedürfen. Zur Aufsicht über sie, und zur Verdoppelung der Aufsicht über die Gerichtspersonen eine neue Behörde zu schaffen, und zu diesem Zwecke zwei oder mehrere sonst überflüßige Beamte zu besolden, das hieße das Mißtrauen gegen Männer von sonst erprobten Verdiensten über alle Gränzen treiben. Wenn man fürchten zu müssen glaubt, daß Präsidenten und Direktoren ihre Schuldigkeit nicht thun; so ist ja kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß man in der Wahl der Staatsan-

*) Betrachtungen über die Mündlichkeit und Oeffenlichkeit der Gerechtigkeitspflege B. II, S. 138.

wälte glücklicher seyn werde, als in jener der Präsidenten und Direktoren. Das Aufsichtspersonal über sechs Bezirksgerichtsräthe bestünde in 3, und jenes über 10 Appellationsgerichtsräthe in 4 Personen, deren Gehalt jenem der zu Beobachtenden zusammengenommen sehr nahe käme. Müßte nicht das Uebel, das mit einem solchen Aufwande verhütet werden soll, gesetzt auch, daß es wirklich zu fürchten wäre, für weniger nachtheilig gehalten werden, als das Mittel, wodurch es verhütet werden soll?

Hiezu kömmt noch, daß, wenn der Gerichtsvorstand und die Staatsanwaltschaft nicht mit einander verstanden sind, das Gerichtspersonal sich gar bald in 2 Parteien, nämlich jene des Vorstands, und jene des eben so wichtigen Staatsanwalts theilen wird; was auf die Rechtspflege nicht anders als nachtheilig wirken kann.

Wenn die Könige von Frankreich in einer Zeit, da die französischen Gerichtshöfe, oder Parlamente sich Eingriffe in die Regierungsgewalt erlauben, und die Registrirung von Verordnungen zu dem Zwecke, daß sie keine Giltigkeit erlangen sollten, verweigern zu dürfen glaubten, unter dem Namen der Procureurs du roi, Aufseher über dieselben bestellten, so hatten sie ihre guten Ursachen dazu. Wenn dieses Amt bei den erfolgten Regierungsveränderungen beibehalten worden ist, so geschah es vielleicht weniger zum Besten der Justiz, als darum, weil es einmal eingeführt war; und vielleicht hatte auch der Einfluß, welchen die Verbindung des Kronfiskalats mit dem Aufseheramt' in einer Person auf die günstige Entscheidung der fiskalischen Prozesse äußern mußte, einigen Antheil daran. In Bayern ist keiner dieser Gründe vorhanden. Die Gerichtsstellen, zufrieden, wenn sie mit der ihnen obliegenden Aufgabe zu Stand kommen, denken nicht daran, sich irgend eines Regierungsrechtes anzumaßen, und, daß der königliche Fiskus in Rechtssachen durch keine Anstalt irgend einer Art begünstigt werden soll, dafür bürgt nebst der Verfassungsurkunde, und so vielen andern unzweideutigen Erklärungen ja eben die vorgeschlagene Trennung des Fiskalats von der Staatsanwalt-

schaft. Endlich ist die Staatsanwaltschaft kein schon vorhandenes, sondern ein fremdes, mit dem mündlich öffentlichen Verfahren nicht verwandtes, und in Frankreich nur zufällig damit verbundenes Institut, welches seine Einführung nur ganz entschiedenen Vorzügen verdanken könnte, die es aber durchaus nicht hat. Ich halte es aus den angeführten Gründen, auch als Aufsichtsbehörde betrachtet, selbst abgesehen von dem sehr bedeutenden Kostenaufwande, den es verursachen würde, ehe für schädlich, als für nützlich.

Auch die neue Verschiedenheit, welche durch die Einführung der Staatsanwaltschaft in die Rechtspflege bei den unmittelbaren und bei den mittelbaren Gerichten gebracht würde, verdient nicht außer Acht gelassen zu werden. Wäre dieses Institut für die Rechtspflege wohlthätig, so hätten die mittelbaren Staatsunterthanen eben so wohl als die unmittelbaren, Anspruch darauf; und doch kann die Staatsanwaltschaft nach der vorgeschlagenen Prozeßordnung bei den mittelbaren Gerichten, deren Angehörige über dieß zur Unterhaltung dieses Instituts, ebenfalls, wenigstens indirekt beitragen, nicht wirksam seyn.

IX.

Vom Vermittlungsamte.

Nach dem §. 112 des revidirten Entwurfs der Prozeßordnung darf keine zum ordentlichen Prozesse geeignete Klage von den Gerichten angenommen werden, wenn nicht zugleich mit der Uebergabe der Klage durch ein Zeugniß nachgewiesen ist, daß entweder beide Parteien sich vorher freiwillig bei dem Vermittlungsamte zum Versuche der Sühne gestellt haben, oder der Kläger den Beklagten habe vorfodern lassen. Nach dem §. 113 verfällt der Beklagte im Nichterscheinungsfalle in eine Strafe von einem bis zu zehen Gulden.

Der Kläger kann nach dem §. 115 an diesem Termine dem Vermittlungsamte seine Klage vorlegen, und der Beklagte Alles, was er deßhalb zu erinnern hat, vorbringen. Der Vermittlungsbeamte soll nach dem §. 116 die Parteien zum Vergleich ermahnen, und denselben mit gütlichen Vorschlägen zum Vergleich an die Hand gehen. Diese Vorschläge sollen, wenn ein Vergleich nicht zu Stand kömmt, ihrer Wesenheit nach zu Protokoll genommen werden.

Der zu Stand gekommene Vergleich gilt nach dem §. 117 für ein rechtskräftiges Urtheil.

In Rechtsstreitigkeiten zwischen nahen Verwandten und Ehegatten, über Gränzirrungen und Dienstbarkeiten, über gestellte Rechnungen, Gemeinheits = oder Gemeinschaftstheilungen, und Erbschaftsfoderungen, zwischen Pfarrern und Pfarrangehörigen, zwischen Grundherrn und Grundholden muß der Klage ein wirklicher Vergleichsversuch vorausgegangen seyn; und das bloße Ausbleiben des Beklagten reicht nicht hin (§. 114).

Das Vermittlungsamt verwalten die Stadt = und Landgerichte über alle Personen, denen kein gefreiter Gerichtsstand gebührt; die Bezirks = und Appellationsgerichte aber durch eigne dazu bestellte Räthe über jene, welchen ein gefreiter, oder besonderer Gerichtsstand bei ihnen angewiesen ist. (Beilage VI, §. 11, 21 und 31).

Der Einführung des Vermittlungsamtes liegt die sehr wohlthätige Absicht zum Grunde, durch Verhütung von Prozessen den Parteien Geldverlust, Zeitversäumniß und Verdruß zu ersparen. Der allgemeinen Anordnung gar keinen Prozeß anfangen zu dürfen, ohne das Vermittlungsamt um die Einleitung eines Vergleichs gebeten zu haben, steht aber schon die Erfahrung entgegen, daß mancher Anspruch, welcher wegen des bösen Willens des Gegentheils im Rechtswege verfolgt werden muß, vollkommen gegründet ist, und daß einer Partei, die nur verlangt, was ihr gebührt, die Zumuthung etwas nachzulassen, von Amts wegen mit Billigkeit nicht gemacht werden kann.

In Frankreich und im Rheinkreise lehrt über dieß nach dem Zeugnisse des Herrn Staatsraths von Feuerbach, dessen vortreffliche Bemerkungen über diesen Gegenstand in seinen Betrachtungen über Mündlichkeit und Oeffentlichkeit der Rechtspflege B. II, S. 50 u. f. nachgelesen werden können, die Erfahrung, daß der edle Zweck, Prozesse in der Geburt zu ersticken, durch dieses Mittel nur selten erreicht wird.

Die Ursachen dieses geringen Erfolgs scheinen nicht tief zu liegen. Ein verständiger Mann pflegt schon, ehe er sich entschließt, einen Prozeß anzufangen, alle Mittel zur gütlichen Beilegung der Sache versucht zu haben; die Hartnäckigkeit oder Unbilligkeit seines Gegners vereitelt aber jeden Vergleich. Prozeßsüchtige, oder mit einander in Feindschaft lebende Personen lassen sich ohnehin zu keinem Vergleiche bereden. Die meisten Parteien sind auch im Anfang eines Prozesses, wo die Leidenschaft durch Kosten und Verdrüßlichkeiten noch nicht ermüdet ist, zu sehr von ihrem vermeintlichen Recht eingenommen, als daß sie sich zum Nachgeben verstehen möchten.

Daß größte Hinderniß dürfte aber in der Einrichtung des Vermittlungsamtes selbst liegen. Ein Friedens- oder Landrichter hat, vorausgesetzt, daß ihm kein Antheil an den Sporteln zugetheilt ist, ohne Zweifel ein Interesse, Rechtsstreite, deren Entscheidung ihm obliegt, gleich anfangs durch Vergleich abzuthun, weil ihm dadurch viele Arbeit erspart wird; dieß ist aber keines Wegs der Fall bei solchen Prozessen, deren Aburtheilung die Competenz des Landgerichts übersteigt. Um passende Vergleichsvorschläge machen zu können, muß der Vermittler nicht nur die Verhältnisse des Rechtsstreits und die beiderseitigen Gründe und Gegengründe genau kennen, und studiren, sondern auch mit nicht gemeinem Scharfsinne voraus zu bestimmen im Stande seyn, wie etwa der Prozeß entschieden werde könnte. D ese Einleitung zum Vergleiche fodert, nebst einem nicht Allen gegebenen richtigen Blicke, Zeit und Mühe. Es ist eine starke Zumuthung für den mit Geschäften überladenen Land- oder Stadtrichter, sich dieser Arbeit, deren guter Erfolg nur den Justizkollegien

zu Statten kömmt, mit dem Eifer zu unterziehen, der zum Gedeihen eines Vorhabens dieser Art unumgänglich nothwendig ist. Nur solche Landrichter, welche ausgezeichnete Kenntnisse mit dem regsten Eifer für das Gute verbinden, würden vielleicht auch in Beilegung wichtiger Prozesse der Erwartung entsprechen. Solche Männer sind aber sehr selten; und Gesetze dürfen nicht auf Voraussetzungen gegründet seyn, die nur selten eintreffen.

Es scheint daher den Verhältnissen weit angemessener, das Vermittlungsamt der Stadt- und Landrichter auf jene Gegenstände des summarischen Prozesses zu beschränken, welche sonst ihrer Competenz zugewiesen sind. Nur hiedurch wird diese Anstalt besonders für die geringere Volksklasse jenen praktischen Nutzen gewähren, dessen sie fähig ist.

Dazu bedarf es aber weder einer vorläufigen Anmeldung, noch einer Vorladung zum Vergleichsversuche; sondern es ist vollkommen hinlänglich, daß dem Stadt- und Landrichter im §. 140 zur Pflicht gemacht ist, was ihm auch durch den §. 718 des Entwurfs v. J. 1825 vorgeschrieben wurde, daß er am Verhandlungstermine, wenn die Parteien erschienen sind, nachdem er sich von dem Stande der Sache hinreichend unterrichtet hat, vor allen Dingen vermittelnd die Vereinigung der Parteien versuchen soll.

Es darf jedoch hiebei nicht außer Acht gelassen werden, daß es dem Richter, wenn nach seiner Ansicht eine Partei so offenbar Recht hat, daß er ihr nicht zumuthen kann, etwas davon nachzulassen, frei gestellt werden müsse, den Vergleichsversuch auch zu unterlassen.

Daß aus eben diesem Grunde allen Parteien ohne Unterschied nicht zugemuthet werden kann, sich vor dem Anfange des Prozesses in einen Vergleich einzulassen, steht auch der Einführung des Vermittlungsamtes bei den Bezirks- und Appellationsgerichten wenigstens so weit entgegen, daß seine Wirksamkeit nicht auf den Anfang des Prozesses verlegt werden sollte.

Der §. 140 enthält auch hier schon Alles, was gesetzlich zu bestimmen rathsam ist; indem er das Gericht anweist, im ordentlichen Prozesse nach eingekommener Exception in der Zwischenzeit bis nach dem Schlusse des schriftlichen Verfahrens, nach seinem Ermessen den Vergleich zu versuchen.

Daß ein solcher Versuch ganz unterbleiben müsse, wenn der Beklagte gar nicht geantwortet, oder ein Theil sein Recht so dargethan hat, daß ein Vergleichsvorschlag gar nicht thunlich scheint, ist auch hier nicht überflüßig zu bemerken.

Daß der zum Vergleichsversuche verwendete Gerichtskommissär bei Entscheidung der Sache, wenn kein Vergleich zu Stand gekommen ist, nicht mitsprechen soll, wie der §. 31 der Beilage VI bestimmt, verdient allen Beifall; da nicht ohne Grund zu fürchten ist, daß der Commissär, welchem der Vergleich nicht gelungen ist, in manchen Fällen einige Abneigung gegen die Sache der Partei fassen möchte, deren Weigerung den Vergleich vereitelt hat.

Soll demungeachtet die Thätigkeit des Vermittlungsamtes schon vor dem Anfange des Rechtsstreits Statt finden; so dürfte doch wohl 1) die Strafe von einem bis zu zehen Gulden, in welche nach dem §. 113 der nicht erscheinende Beklagte verurtheilt werden soll, füglich wegbleiben können; weil eines Theils das Nichterscheinen schon als hinlängliche Erklärung, daß man sich nicht vergleichen wolle, gelten kann, und eine solche Erklärung keine Strafe verdient, andern Theils aber kein Grund sichtbar ist, warum nur der Beklagte, und nicht auch, wie in Frankreich, der Kläger, wenn er bei der Vergleichstagfahrt nicht erscheint, gestraft werden soll.

2) Dem Stadt- und Landrichter dürfte zwar der Versuch eines Vergleichs in Rechtssachen, die vor seinen Gerichtsstand nicht gehören, wenn die Parteien es verlangen, mit voller rechtlicher Wirkung zu gestatten, jedoch als eigentliches Vermittlungsamt in solchen Gegenständen das Bezirksgericht zu benennen seyn.

3) Die im 3ten Absatze des §s 116 dem Vermittler ertheilte Erlaubniß, die mit den Parteien erschienenen Personen aus dem Zimmer zu entfernen, wenn er wahrnimmt, daß sie auf eine zum billigen Vergleiche geneigte Partei nachtheiligen Einfluß ausüben, verdient keinen Beifall, nicht nur, weil sie zum Nachtheil einer gutmüthigen Partei leicht gemißbraucht werden kann, sondern auch, weil die gezwungene Entfernung des Rathgebers einer solchen Partei, wegen des dadurch erregten Mißtrauens, dem Vergleich ehe hinderlich als förderlich seyn wird.

X.

Von der Besorgung der Geschäfte der nicht streitigen Gerichtsbarkeit.

In der Verordnung die Verfassung der Gerichte betreffend Beilage VI, wird den Stadt- und Landgerichten §. 11 die Besorgung der Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die Führung des Hypothekenamts in Beziehung auf die mit keinem gefreiten Gerichtsstande versehenen Personen, den Bezirks- und Appellationsgerichten aber §. 21 und 25 in Ansehung der ihrem Gerichtsstand ausschließlich zugewiesenen Personen und Güter zugetheilt.

Da hiernach den Stadt- und Landgerichten der bei weitem größte Theil dieser Geschäfte bestimmt ist; so wird es vor Allem darauf ankommen: ob der Umfang dieser Gerichte, oder vielmehr die Zahl der Gerichtsuntergebenen mit dem dafür bestimmten aus einem Stadt- oder Landrichter, und einem Gerichtsschreibrr bestehenden Dienstpersonal, und den ihm obliegenden Leistungen ins gehörige Verhältniß werde gesetzt werden.

Bei einer Bevölkerung von 10000 Seelen läßt sich die Möglichkeit denken, daß der Landrichter und Landschreiber mit Hülfe einiger Schreiber, und bei einer vernünftigen Abtheilung ihrer Verrichtungen, nach völliger

Trennung des Administrativwesens von ihrem Amte, der ihnen obliegenden Geschäfte Meister werden; obschon der Landrichter Buchinger in seiner Schrift: Die Einführung der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit der Rechtspflege in Bayern — ganz richtig bemerkt, daß auch so noch die Geschäfte der bayerischen Stadt- und Landrichter diesseits des Rheins jene der Friedensrichter im Rheinkreise, die mit der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, und dem Hypothekenwesen nichts zu thun haben, wenigstens um das Doppelte übersteigen werden. In Frankreich ist für eine Bevölkerung von 6000 Einwohnern ein Notar, *) und in dem Großherzogthume Hessen jenseits des Rheins für 5000 bis 6000 Seelen ein Stadt- oder Landschreiber **) zur Besorgung der Geschäfte der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit bestimmt. Diese Beamten finden hinlängliche Beschäftigung; obgleich sie nicht einmal das Hypothekenwesen zu besorgen haben. Es ist also mit fast gänzlicher Gewißheit vorauszusehen, daß in jenen Stadt- und Landgerichten, deren Bevölkerung die Zahl von zehentausend Einwohnern merklich überschreiten wird, auch die thätigsten Beamten sich genöthigt sehen werden, einen Theil der ihnen obliegenden Geschäfte zu vernachläßigen. Diese Vernachläßigung wird denn wohl, ihrer größern Wichtigkeit ungeachtet, die Angelegenheiten der Waisen treffen; weil in Ansehung derselben nicht leicht Beschwerden an höhere Stellen zu fürchten sind. Verlassenschaftsabhandlungen, Inventuren, Waisenrechnungen, oder derselben Berichtigung, und andere Geschäfte der nicht streitigen Gerichtsbarkeit werden nach wie vor, unwissenden, und nicht einmal im Staatsdienste stehenden Schreibern überlassen bleiben.

Selbst bei Stadt- und Landgerichten von geringerm Umfange kann diesem Uebel, wie ich in meinen Bemerkungen S. 67 zu zeigen versucht habe, nur durch eine Trennung der streitigen von der nicht streitigen Gerichtsbarkeit abgeholfen werden. Der Gerichtsschreiber wird

---

*) Feuerbach im angef. Werke B. II, S. 151.

**) Großherzoglich Hessisches Organisationsedikt v. J. 1817.

eben so, wie der Stadt- oder Landrichter Geschäfte von sich abzulehnen suchen, die er selbst zu verrichten nicht unbedingt angewiesen ist, die an sich oft unangenehm sind, und in der Regel mehr Aufmerksamkeit als Wissenschaft erfodern. So werden denn bei den meisten Untergerichten die Rechte der Minderjährigen, und die Sicherheit der Parteien in Hinsicht auf ihre Verträge auch noch künftig der Unwissenheit und Sorglosigkeit des Schreiberpersonals preis gegeben bleiben.

Die Abtheilung der streitigen und nicht streitigen Gerichtsbarkeit, welche diesem Uebel abhelfen würde, könnte aber ohne alle Vermehrung des Personals und der Kosten Statt finden.

Die Verwaltung der streitigen Civil- und strafrechtlichen Gerichtsbarkeit, wie sie nach dem Entwurfe den Stadt- und Landgerichten obliegt, kann bei einer Bevölkerung von nicht mehr als 10000 Seelen von einem thätigen Manne, nebst einem Schreiber gar wohl besorgt werden. Wenn nun dem in Antrag gebrachten Gerichtsschreiber die Besorgung der Verlassenschafts- Vormundschafts- und andern Waisenangelegenheiten, dann der Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und die Führung des Hypothekenwesens als bestimmter Antheil an den Amtsverrichtungen zugewiesen würde; so könnte auch dieser höchst wichtige Theil des gerichtlichen Wirkungskreises mit Beruhigung als gut bestellt angesehen werden. Da den Stadt- und Landgerichten eine Zulage für wenigstens 2 Schreiber auszuwerfen seyn wird; so dürfte es wohl rathsamer seyn, diese Personen, statt sie der oft von übelverstandener Oekonomie geleiteten Auswahl der Landrichter zu überlassen, von Staats wegen, jedoch ohne Zusicherung der Ständigkeit, anzustellen, und zu besolden. Einer dieser Schreiber wäre dann dem Stadt- oder Landrichter, und der andere dem Gerichtsschreiber zuzutheilen.

Es versteht sich indessen von selbst, daß im Falle der nothwendigen Abwesenheit oder Krankheit eines dieser beiden Beamten, der andere die Geschäfte des Verhinderten, so weit sie ohne Nachtheil nicht verschoben werden können, übernehmen müßte.

Wenn nicht durch diese, oder eine andere ähnliche Einrichtung wirksam gesorgt wird, daß Gutsübergaben, Verlassenschafsabhandlungen, Schuldverschreibungen und andere Verträge der Landleute von sachkundigen Männern geleitet, uud aufgesetzt werden; so wird sich der mir in meinem Geschäftsleben sehr oft vorgekommene Fall künftig noch eben so häufig ereignen, daß ein armer Landmann in einem Konkurs, oder durch einen andern Prozeß sein ganzes Vermögen blos darum verliert, weil der zur Aufnahme der Vertragsurkunde vom Gerichte bestellte Schreiber unterlassen hatte, die nothwendigen Sicherheitsstipulationen beizufügen.

XI.

Vom summarischen Prozesse.

Der summarische Prozeß unterscheidet sich in Frankreich von dem ordentlichen, nebst dem, daß Alles in abgekürzten Fristen verhandelt wird, hauptsächlich dadurch, daß gar kein Schriftenwechsel gestattet, sondern auf die angebrachte Klage der Beklagte lediglich vorgeladen wird, und, wenn die Frist, die derselbe eigentlich zur Bestellung eines Anwalts erhält, abgelaufen ist, sogleich auf die Varnahme der Sache in der Audienz angetragen werden kann. Auch werden in der Regel die Zeugen gleich in der Audienz abgehört. *)

Der revidirte Entwurf hat dagegen die protokollarische Verhandlung vor einem Richter und einem Protokollführer eingeführt. §. 376, 398, 403, 423 und 424.

Im summarischen Prozesse müssen nach dem Kap. XXII. des revidirten Entwurfs alle zur Competenz der Stadt- und Landgerichte gehörige Gegenstände verhandelt werden. Sie sind folgende; 1) persönliche Klagen über

*) Code de proced §. 405, 407 H. A. Lehzen ausführliches System des französischen Civilprozesses §. 380.

einen Betrag, der 100 fl. nicht übersteigt, 2) Ehedissidien, wobei es nicht auf die Trennung der Ehe ankömmt, 3) Streitigkeiten, welche die häusliche Ruhe und Ordnung in Familien betreffen, 4) Streitigkeiten zwischen Handwerksmeistern, Gewerbsunternehmern, Dienstherrn und Gesellen, Lehrjungen, Arbeitern oder Dienstboten aus dem Dienstverhältnisse, 5) Streitigkeiten zwischen Vermiethern und Miethleuten, aus dem Miethverhältnisse, und in Betreff des Miethgeldes, in so ferne dieses nicht über das letztverflossene Miethjahr rückständig ist; 6) Streitigkeiten auf Messen und Märkten; 7) Streitigkeiten der Reisenden über Zechen, Fuhrlohne und Handwerkskonten, so weit sie aus Anlaß der Reise entstanden sind; 8) Injuriensachen, wenn nur auf Abbitte, Wiederruf und Ehrenerklärung geklagt wird, und 9) Streitigkeiten über Beschädigungen an Feld und Gartenfrüchten, oder an Grundstücken ꝛc. über Hinderung und Aenderung an Wässerungsanlagen, am Laufe des wilden Wassers, u. d. gl. so ferne diese Beeinträchtigungen im Laufe des letzten Jahrs geschehen sind.

Im summarischen Prozesse werden ferner nach Beschaffenheit der Sache vor den Stadt = oder Landgerichten, oder vor den Bezirksgerichten verhandelt,

1) alle vorbereitende, und Incidentsachen oder Punkte, so ferne diese nicht in den gewöhnlichen Schriften des ordentlichen Prozesses zugleich mit der Hauptsache verhandelt werden;

2) wenn es sich nach entschiedener Hauptsache noch um die Liquidation des Betrages, oder um die Richtigstellung von Nebenfoderungen handelt,

3) provisorische Verfügungen,

4) Sequestrationen,

5) Arrestgesuche,

6) Besitzstreite.

Dazu gehören endlich

7) der Exekutivprozeß,

8) der Wechselprozeß, und

9) der Merkantilprozeß.

Ueber Gesuche um provisorische Verfügungen wird auf die Verhandlung nur ein Dekret mit Entscheidungsgründen erlassen, gegen welches zwar der Rekurs, jedoch ohne Suspensivwirkung, gestattet wird, §. 387.

Eben so wird bei Sequestrationen verfahren §. 389.

Ueber die Justification des Arrestes wird zu Protokoll verhandelt, und dann ebenfalls ein Dekret ohne Suspensivwirkung erlassen. §. 398 und 399.

In Besitzstreitigkeiten wird im Wesentlichen eben so verfahren, die Sache jedoch durch ein Urtheil erledigt. §. 403, 405, uud 407.

Auch der Exekutivprozeß wird durch ein Urtheil erledigt. §. 415.

Im Wechselprozesse wird zuerst eine Tagfahrt angeordnet, wobei, wenn die Parteien erscheinen, protokollarisch verhandelt wird. Erst nach geschlossenem Protokollarverfahren wird die Sache innerhalb der nächsten 8 Tage in die Audienz gebracht, welcher auch 5 Beisitzer aus dem Handelsstande beiwohnen, die aber bloß über technische Fragen mit ihrem Gutachten vernommen werden. §. 420, 425.

Eben so wird es auch in Mercantilsachen gehalten. §. 434.

Da bei den Dekreten über Provisorien, Sequestrationen, und Arreste, und bei den Urtheilen in Besitzstreitigkeiten, und im Exekutivprozesse nicht bemerkt ist, daß ihnen ein Vortrag vorausgehen müsse; so scheint es, daß auch die Entscheidung dem einzelnen Mitgliede des Bezirksgerichts, welches die Protokollirung leitet, überlassen werden soll.

Wenn es zweckmässig ist, daß, wie der §. 378 verordnet, die vor dem Stadt - oder Landgerichte gepflogenen mündlichen Verhandlungen, ihrem wesentlichen Innhalte nach, zu Protokoll genommen werden, weil der einzelne Richter keine andere Controlle hat; so scheint es doch nicht angehen zu können, daß in so wichtigen Gegenständen,

wie Sequestrationen, Besitzstreitigkeiten und Exekutivprozesse sind, die der größern Rechtssicherheit wegen eingeführten Collegialgerichte aufgelöst, und die Entscheidungen einzelnen Mitgliedern derselben überlassen werden.

Der revidirte Entwurf mußte freilich nach seinem Systeme, in welchem das schriftliche, oder, was beinahe dasselbe ist, das protokollarische Verfahren die Hauptsache, und die sogenannte Audienz nur eine unwesentliche Zugabe ist, die Fixirung der Verhandlung durch die Schrift anordnen, und, da die Protokollirung der in summarischen Prozessen nöthigen Beschleunigung angemessener als der Schriftenwechsel ist, diese wählen; wozu denn ein einzelner Richter hinreicht. Da die nochmalige Verhandlung der Sache in der Audienz dem Zwecke des summarischen Verfahrens, nämlich der Beschleunigung, nicht zu entsprechen schien; so wurde vorgeschlagen, daß auch die Entscheidung gleich auf die protokollarische Verhandlung folgen, und zwar, wie es das Ansehen hat, von dem Instruenten erlassen werden soll. Allein Sequestrations- und Besitzstreite, Arrest- und Exekutivprozesse können Gegenstände von eben so großer Wichtigkeit betreffen, als im ordentlichen Prozesse vorkommen; wenn also Collegialgerichte der größern Rechtssicherheit wegen da, wo sie noch nicht bestehen, errichtet werden sollen; so ist kein giltiger Grund vorhanden, diese Gegenstände wegen [größerer Dringlichkeit, ihrer Gerichtsbarkeit zu entziehen, und zur Entscheidung solcher Streitigkeiten einzelne Mitglieder der Collegien zu selbstständigen Gerichten zu machen.

Wer nur vor einem Collegialgerichte belangt werden kann; würde sich auch wohl schwerlich gerne darein fügen, sein Urtheil nicht von dem Gerichte, sondern nur von einem Mitgliede desselben zu empfangen.

Wenn das mündlich öffentliche Verfahren so eingeführt wird, wie es in Frankreich und im Rheinkreis üblich ist, das ist, ohne Verbindung mit dem strengen deutschen schriftlichen Prozesse; so kann auch kein Bedenken obwalten, die summarischen Prozesse ohne alles schriftliche

oder protokollarische Verfahren, die Klage ausgenommen, verhandeln, und in der Audienz entscheiden zu lassen; denn das französische schriftliche Verfahren im ordentlichen Prozesse ist, da es bei der Entscheidung in der Regel gar nicht in Erwägung kömmt, ohnehin nicht so wesentlich, daß es bei so einfachen Rechtsstreiten, wie die im summarischen Prozesse zu verhandelnden in der Regel sind, nicht füglich entbehrt werden könnte.

Die mündlich öffentliche Verhandlung in der Audienz muß die Stelle des Protokollarverfahrens des revidirten Entwurfs vertreten, und wird gewiß schneller zum Ziele führen, als dieses. Auch die Rechtssicherheit gewinnt dadurch, daß statt des einzelnen Gerichtsmitglieds das ganze Collegium entscheidet.

Selbst wenn das mündlich öffentliche Verfahren ganz verworfen, und der reine schriftliche Prozeß beibehalten werden sollte, könnte nicht dazu gerathen werden, die Entscheidung summarischer Prozesse einzelnen Mitgliedern des Gerichts, ohne vorausgegangenen Vortrag bei dem Collegium, zu überlassen. Die Dringlichkeit des Gegenstandes kann kein Grund seyn, dem Referenten den Vortrag zu ersparen; da nichts im Wege steht, solche Rechtsstreite vor andern erledigen zu lassen.

Dieses hindert indessen nicht, in sehr dringenden Fällen, wo um provisorische Anordnungen, oder um Anlegung eines Arrestes nachgesucht wird, die einstweilige Verfügung auch einem einzelnen Mitgliede des Gerichts anzuvertrauen. Die französische Prozeßordnung nennt dieses Verfahren Référé, und überträgt es dem Gerichtspräsidenten, oder seinem Stellvertreter. *) Hier entschuldigt die Nothwendigkeit die Ausnahme von der Regel.

Da der Diffessionseid, oder die Zurückschiebung desselben im Exekutiv- und Wechselprozesse die ganze Sache entscheidet, und, wenn er einmal abgeschworen ist, nicht mehr zurückgenommen werden kann; so folgt aus der

---

*) Code de proced: §. 806 und 807.

Unfähigkeit des Gerichtsabgeordneten, solche Prozesse für sich allein zu entscheiden, daß die in den §en 413 und 423 enthaltene Bestimmung, wornach diese Eide in dem Verhandlungstermin, oder an einem andern von dem Gerichtsabgeordneten anberaumten Termin abgeschworen werden sollen, nicht bestehen könne. Ob, von wem, und in welchen Ausdrücken ein Eid abgeschworen werden soll, das kann nur von dem Gerichte, welches die ganze Sache zu entscheiden hat, ausgesprochen werden.

Im Wechselprozesse wird für den Fall, daß Einwendungen gegen die Zahlungsschuldigkeit selbst gemacht werden, in den §en 423, 424, und 425 ein doppeltes Verfahren, nämlich ein protokollarisches, und ein mündlich öffentliches angeordnet. Da ein der Audienz vorausgehendes protokollarisches Verfahren ganz überflüßig ist; so kömmt es nur darauf an zu wissen: ob der Beklagte Einwendungen machen werde, die zur Audienz geeignet sind, oder ob er, was wohl meistens der Fall seyn wird, den Wechsel und seine Zahlungsschuldigkeit anerkenne. Da dieses eben so leicht aus einer schriftlichen Exception des Beklagten, oder seinem Stillschweigen auf den gerichtlichen Auftrag sie zu erstatten, als aus seinem Erscheinen zur protokollarischen Verhandlung, oder aus seinem Ausbleiben, entdeckt werden kann; so möchte es wohl rathsamer seyn, auf eine Wechselklage, statt der Anordnung einer Tagfahrt, dem Beklagten aufzutragen, den Kläger in einer Frist von acht Tagen zu bezahlen, oder binnen eben dieser Frist seine Einwendungen vorzubringen. Nach Ablauf dieser Frist wäre dann auf Anrufen des Klägers der Beklagte entweder, wenn er still geschwiegen, und, wenn er die Schuld ausdrücklich eingestanden hätte, nach Wechselrecht zu verurtheilen, oder er wäre mit dem Kläger zur Audienz vorzuladen.

Durch dieses dem mündlich öffentlichen Prozeß angemeßnere Verfahren, würde dem Gericht eine ganze Tagfahrt erspart.

Eben so wird in der Regel auch der Merkantilprozeß zu behandeln seyn. Da jedoch Streitigkeiten, die

aus Handelsgeschäften entstehen, oft sehr verwickelt, und wegen der dabei vorkommenden Rechnungen und Gegenrechnungen nicht geeignet sind, bei einer gewöhnlichen mündlich öffentlichen Verhandlung erledigt zu werden; so wird es dem Ermessen des Gerichts zu überlassen seyn, einzelne Prozesse dieser Art schriftlich verhandeln, und sich am Ende von einem aufzustellenden Referenten einen Vortrag darüber erstatten zu lassen; wobei, wie es sich von selbst versteht, die Parteien zugegen seyn, und über Unrichtigkeiten, oder Lücken im Vortrage schriftliche Bemerkungen übergeben können.

XII.

Vom Executivprozeß insbesondere.

Nach dem §. 408 des revidirten Entwurfs, welcher die Redaktion des §s 785 des Entwurfs v. J. 1825 beibehalten hat, begründen Foderungen, die auf einseitigen Verträgen beruhen, den Exekutivprozeß.

Das Wort einseitig hat hier ohne Zweifel die Bedeutung, daß aus dem Vertrage nur ein Theil noch etwas zu leisten, z. B. der Schuldner, das empfangene Kapital zurückzuzahlen hat. Einseitige Verträge werden aber auch in der Sprache von Rechtsgelehrten, und selbst in deutschen Gesetzen *) ausschließlich solche genannt, wobei nur ein Theil etwas leistet, der andere aber nur empfängt, und die im preußischen Landrechte Th. I, Tit. 5, §. 8, und im Code Napoléon §. 1105 wohlthätige heißen. Zur Vermeidung aller Mißverständnisse wäre daher zu wünschen, daß der Ausdruck einseitig mit einer andern Bezeichnung vertauscht würde.

In Hinsicht auf den Exekutivprozeß überhaupt aber habe ich in den Bemerkungen S. 130 u. f. mit Bezie-

---

*) Oesterreichisches allgemeines bürgerliches Gesetzbuch § 864. Hellfeld Jurisprudentia forensis §. 315.

hung auf die Erinnerungen der Herrn von Schelhaß und Vorst, Bedenken geäußert, die, wie ich glaube, nicht leicht gehoben werden können. Wenn der Beklagte zur Bezahlung der eingeklagten Schuld angehalten, und mit seiner Gegenfoderung darum zur besondern Verhandlung verwiesen wird, weil er sie nur durch weitläufige Beweise liquid machen kann; so ist nicht zu widersprechen, daß er nur provisorisch, und, ehe er mit seiner Vertheidigung hinlänglich gehört wurde, verurtheilt wird, und, wie ich am angeführten Ort anschaulich gemacht habe, durch die Exekution um sein Vermögen gebracht werden kann, ehe der Prozeß zu End' ist, ob es sich gleich zuletzt vielleicht ergiebt, daß ihm der Kläger mehr schuldig sey, als dieser an ihn zu fodern hat.

Die Aufrechthaltung des Credits muß ohne Zweifel eines der Hauptaugenmerke der Gesetzgebung seyn; ihr darf aber das Recht selbst, oder, was in Beziehung auf die Prozeßordnung dasselbe ist, das volle rechtliche Gehör der Parteien nicht aufgeopfert werden.

Die Bestimmung der österreichischen Gerichtsordnung, wornach dem Kläger in dem vorausgesetzten Falle, wenn er nicht ohnedieß schon hinlänglich gesichert ist, die Exekution einstweilen bis zur Sicherstellung ertheilt werden soll, scheint mir daher die äußerste Gränze, bis zu welcher geschritten werden darf.

Um so weniger kann ich zu der Aufhebung der Caution meinen Beifall geben, wozu nach der bayerischen Gerichtsordnung Kap. III, §. 3 Abs. 5 sowohl, als nach dem Gesetze vom 22ten Julius 1819 §. 8 Abs. 3 der Kläger bis zur Erledigung der Nachklage angehalten werden kann.

In den Motiven S. 348 wird als Hauptgrund dieser Abschaffung der Cautionen dieser Art angeführt, daß der Beklagte, wenn die Bedingungen dazu vorhanden seyen, um den Realarrest nachsuchen könne, und also einer Caution nicht bedürfe. Allein zur Erwirkung eines Realarrestes muß nach dem §. 395 des revidirten Entwurfs, wie es auch ganz rechtlich ist, nicht nur die Fo-

derung, sondern auch die Gefahr bescheinigt werden. Die Gefahr des Verlustes einer in die Hände des Klägers zu gebenden Geldsumme ist aber oft schwer nachzuweisen; und der itzt wohlhabende Mann kann durch eine fehl geschlagene Spekulation, oder durch ein anderes unvorgesehenes Ereigniß im Laufe des Nachprozesses unfähig werden, die empfangene Summe zurückzuzahlen. Die höchst ungewisse Aussicht auf die Erwirkung eines Arrestes ersetzt also die Caution nicht, womit die bisherigen Gesetze den Beklagten für den Fall, daß seine provisorische Verurtheilung am Ende wieder aufgehoben werden sollte, zu sichern für nöthig hielten.

Es hätte daher, wie mir scheint, wenn die Milderung des bayerischen Exekutivprozesses auf die vorgeschlagene Weise nicht Statt haben kann, wenigstens der §. 503 des Entwurfs v. J. 1825, welcher von dieser Sicherstellung handelt, nicht weggelassen werden sollen.

XIII.

Von den Auffoderungen zur Klage.

Die Behauptung des verstorbenen Herrn von Gönner, daß die Auffoderung zur Klage jedem gestattet werden müsse, der ein Interesse dabei hat, daß ein Anspruch gegen ihn gerichtlich verfolgt werde, und daß also das Recht der Provokation nicht auf die beiden bisherigen gesetzlichen Fälle, nämlich jenen der Berühmung, und jenen der Möglichkeit des Verlusts einer Einrede beschränkt werden sollte, scheint mir noch immer nicht widerlegt.

Daß man in der Regel nicht gezwungen werden kann zu klagen, ist in dem Sinne ganz richtig, daß überhaupt niemand schuldig ist, seine Rechte zu verfolgen; mit einer Klage aber, die man seiner Zeit doch anzustellen gedenkt, so lange zu warten, bis Umstände eintreten, welche die Vertheidigung des Beklagten erschweren, dazu kann niemand berechtigt seyn; weil das Recht zu klagen

durch das Recht des andern Theils sich auf die bestmögliche Art zu vertheidigen beschränkt ist.

Wer z. B. eine Gegend, in welcher er mit mehrern Personen im Geschäftsverkehre gelebt hat, zu verlassen gedenkt, wer bei vorgerücktem Alter, oder kränklichen Umständen seine Kinder vor Klagen, die erst nach seinem Tod angestellt werden könnten, schützen will, sollte das Recht haben, alle diejenigen, von denen er einen Anspruch erwartet, mit der Wirkung zur Klage aufzufodern, daß ihr Stillschweigen als ein Verzicht auf die Anstellung derselben betrachtet werden soll.

Ich wiederhole daher die 3te Erinnerung in den Bemerkungen S. 121.

XIV.

Vom Rechnungsprozesse.

Das die Form des Rechnungsprosses im revidirten Entwurfe zweckmäßig berichtigt worden ist, habe ich schon im Eingange dieser Erinnerungen gerühmt.

In diesem Prozeß' ist die Verbindung des schriftlichen, oder protokollarischen Verfahrens mit dem mündlichen allein anwendbar; da Rechnungssachen, wie ich schon in den Bemerkungen S. 135 angeführt habe, zu rein mündlichen Erörterungen wenig geeignet sind, und daher auch nach der französischen Prozeßordnung vorher von einem Gerichtsabgeordneten verhandelt, und von diesem in der Audienz vorgetragen werden müssen.

Der Redaktion dieses Kapitels im revidirten Entwurfe kann daher nur Beifall gegeben werden.

XV.

Vom Beweis im Allgemeinen.

Demjenigen, was ich über die Zweckmässigkeit der Anordnung, daß die Beweismittel über jene Thatsachen,

auf welche die Klage, und jede Einrede gebaut ist, bei Vermeidung der Präklusion gleich in der Klage und Exception angegeben werden sollen, in den Bemerkungen S. 89 u. f. und schon oben in der gegenwärtigen Schrift angeführt habe, setze ich nur noch bei, daß in den Motiven S. 185 der Beweisantritt mit der Angabe der Beweismittel verwechselt zu werden scheine.

So wird dem österreichischen Prozesse Schuld gegeben, daß in demselben einige Beweismittel, wie der Beweis durch Urkunden und Eideszuschiebung, bei Strafe des Verlustes gleich mit der Schrift, worinn die zu erweisende Thatsache behauptet werde, vorgebracht werden müssen, bei andern aber, namentlich dem Zeugenbeweise das richterliche Interlocut abzuwarten sey; da doch der §. 12 der österreichischen Gerichtsordnung v. J. 1781 sowohl, als der Gerichtsordnung für Westgalizien ausdrücklich verordnet, mit der Erzählung des Faktums die nöthigen Beweismittel nicht nur an Urkunden, Eiden, und andern Beweisarten sogleich anzuführen, sondern auch die Zeugen, wenn sich auf solche berufen werde, mit Namen, Zunamen, Stand, Bedienung und Wohnung zu benennen, und die Weisartikel beizulegen.

Daraus folgt aber noch nicht, daß die angeführten Zeugen sogleich abgehört werden müssen. Der Beweis, den der Kläger oder der Beklagte zu führen anbietet, kann unerheblich, oder überflüßig, und die Beweismittel können unzulänglich seyn; die Thatsachen, welche bewiesen werden wollen, können dem von den Parteien darauf gegründeten Begehren nicht angemessen seyn. Erst die Verhandlungen müssen zeigen, ob ein Beweis und welcher dem Kläger oder dem Beklagten obliege, und durch welche unter den angebotenen Beweismitteln die Partei denselben herzustellen Hoffnung habe.

Es liegt also in der Natur der Sache, daß ungeachtet der genauen Angabe der Beweismittel in der Klage und Antwort dennoch der Beweis durch Zeugen und Kunstverständige nach den §en 136 und 187 der österreichischen Gerichtsordnung erst durch Urtheil aufgetragen

werden muß. Der Unterschied zwischen der bayerischen und der österreichischen Verfahrungsart in diesem Punkte liegt nur darinn, daß nach der letztern der Relevanzbescheid, und die Benennung der Zeugen mit dem Beweisinterlocut vereinigt, und dadurch mehr als eine weitläufige, alle Instanzen durchlaufende Verhandlung abgeschnitten wird.

Daß Eide ohne vorausgegangenes Urtheil nicht abgeschworen werden können, versteht sich von selbst. Gerade den Entscheidungseid erlaubt aber die österreichische Gerichtsordnung, wie ich schon in den Bemerkungen S. 101 angeführt habe, noch in der Replik aufzutragen.

Der Beweis durch Urkunden wird nach der erwähnten Gerichtsordnung während der Verhandlung berichtigt.

Die Führung des Beweises ist also in derselben eben so wenig, als in der preußischen Prozeßordnung, die im Vten Titel §. 17, und im IXten Titel §. 4 ebenfalls die Angabe der Beweismittel in Hinsicht auf die angeführten Thatsachen gleich mit der Klage und Antwort verlangt, der Leitung des Richters entzogen.

Die Anordnung des §s 219 des revidirten Entwurfs, daß der Beweis in Folge einer richterlichen Auflage angetreten werden soll, paßt also mit Ausnahme dessen, was von den Urkunden bestimmt wird, auch auf das österreichische und preußische System.

Die Frage aber, ob die Beweismittel von den Partheien gleich mit Anführung der Thatsachen, auf welche sie ihre Anträge gründen, angeführt werden sollen, oder nicht, ist nur dann von Erheblichkeit, wenn das schriftliche Verfahren, wie im revidirten Entwurfe, die Hauptsache, oder wenn das reinschriftliche Verfahren geltend bleiben soll. Bei dem mündlichen Verfahren, wie es in Frankreich und im Rheinkreise besteht, fällt diese Strenge nach der Natur der Sache von selbst weg.

XVI.

Vom Geständnisse.

Der revidirte Entwurf hat im §. 234 Abs. 2 die Bestimmung des §s 425 Abs. 4 des Entwurfs v. J. 1825 wieder aufgenommen, wornach bei dem Widerrufe eines von einem Bevollmächtigten oder Advokaten abgelegten Geständnisses bewiesen werden muß, daß derselbe gegen den Innhalt der ihm ertheilten Information, oder zugestellten Dokumente etwas Unwahres eingestanden habe.

Ich habe schon in den Bemerkungen S. 124, mit Anführung der von dem Herrn von Gönner als Urheber dieser Bestimmung selbst gemachten Berichtigung, aufmerksam darauf gemacht, daß es hinreiche, wenn bewiesen werde, daß der Advokat das Geständniß gegen den Innhalt der ihm ertheilten Information, oder der ihm zugestellten Dokumente gemacht habe, daß aber durch diese Bestimmung der Partei auch noch der Beweis der Unwahrheit dessen, was der Advokat eingestanden hat, ohne allen rechtlichen Grund auferlegt werde.

Wenn der Advokat ein Geständniß gemacht hat, wozu er gar nicht bevollmächtigt war; so muß dasselbe schon nach allgemeinen Grundsätzen für ungiltig und unwirksam geachtet werden. Der ohnedieß äußerst schwere Beweis, daß jenes, was gestanden wurde, auch unwahr sey, liegt offenbar der Partei, die bewiesen hat, daß kein giltiges und also gar kein Geständniß gemacht worden sey, nicht ob; der Gegentheil muß vielmehr, wenn er es unternehmen will, beweisen, daß die von dem Advokaten eingestandene Thatsache wahr gewesen sey.

Dieser eingeschlichene Irrthum wird daher zu verbessern seyn.

Ich glaube hier auch die in den Bemerkungen S. 124 gemachte, aus dem Entwurfe des Herrn von Gönner, und aus der österreichischen Gerichtsordnung entlehnte Erinnerung wiederholen zu müssen, daß die Frage, ob ein Advokat zur Ablegung eines Geständnisses bevoll-

mächtigt gewesen sey, oder nicht, mit Sicherheit nur dann zu lösen seyn dürfte, wenn den Advokaten zur Pflicht gemacht wird, gleich bei Uebernahme eines Prozesses über die Thatverhältnisse ein Informationsprotokoll aufzunehmen, und von der Partei unterschreiben zu lassen.

Der §. 235 legt einem aussergerichtlich, oder vor einem nicht zuständigen Gericht, oder in einer andern Streitsache abgelegten Geständnisse die Kraft eines vollkommenen Beweises bei, wenn nebst dem, daß ein vollständiger Beweis darüber vorliegt, auch der Wille des Gestehenden, sein Rechtsverhältniß mit Wahrheit zu erklären, gewiß ist.

Bekanntlich gehört aber die Auslegung des Willens, oder der innern Absicht des Handelnden unter die schwierigsten Aufgaben des richterlichen Amtes. Ein vollständiger Beweis darüber, wie eine Aeußerung gemeint gewesen sey, wird höchst selten zu machen seyn. Zu wünschen wäre es daher, daß die Auslegung des Richters durch bestimmtere Vorschriften geleitet würde. Die verschiedenen Prozeßordnungen enthalten hierüber die verschiedensten Ansichten.

Die preußische Prozeßordnung Tit. X. §. 88 legt einem solchen Geständnisse volle Beweiskraft bei, und trägt dem Gestehenden dagegen den Beweis des Irrthums auf. Sie läßt es noch als stärkere, oder schwächere Vermuthung gelten, je nachdem der Irrthum mehr oder weniger bewiesen ist. Die österreichische Gerichtsordnung ertheilt ihm im §. 110 volle Beweiskraft, wenn es auf Befragen einer Person abgelegt wurde, von welcher der Gestehende wußte, daß ihr daran gelegen sey, die Wahrheit zu erfahren. Die bayerische Gerichtsordnung Kap. XII, §. 1 Abs. 6 bewilligt ihm, wenn es schriftlich ausgestellt ist, die Kraft eines ganzen, sonst aber nur jene eines halben Beweises. Die französische Prozeßordnung nimmt es ebenfalls für vollgiltig an, wenn es schriftlich ausgestellt ist. *)

*) H. A. Lehzen im angehef. Werke §. 141.

Nach dem Vorgange dieser Prozeßordnungen, und nach der Lehre der Erfahrung kann, wie ich glaube, in der Regel als gewiß angenommen werden, daß ein schriftliches Geständniß, oder auch ein mündliches, wenn dieses auf Befragen eines Betheiligten, oder einer andern Person, von welcher der Gestehende wußte, daß ihr daran liege, die Wahrheit zu erfahren, abgelegt worden ist, den ernstlichen Willen des Gestehenden, sein Rechtsverhältniß mit Wahrheit zu erklären, beweise. Zur Vollständigkeit der über diesen Gegenstand zu erlassenden gesetzlichen Weisung halte ich es daher für zweckmäßig, diese beiden Bestimmungen für den vollkommenen Beweis des außergerichtlichen Geständnisses voran zu stellen, und ihnen als Nachsatz beizufügen: oder, wenn sonst der ernstliche Wille des Gestehenden, sich über sein Rechtsverhältniß mit Wahrheit zu erklären, gewiß ist.

XVII.

Vom Beweise durch Urkunden.

Im §. 254 wird es für unzuläßig erklärt, den Beweis, daß jemand sein Handzeichen, den Anfangsbuchstaben seines Namens, oder eine andere abgekürzte Unterfertigung der Urkunde beigefügt, und den Innhalt derselben gekannt habe, durch Zuschiebung des Eides herzustellen.

Als Grund dieser Bestimmung wird in den Motiven S. 218 die Leichtigkeit, solche Unterfertigungen nachzumachen, und die Verlegenheit, in die ein gewissenhafter Mann kommen könne, eine Unterzeichnung, in Ansehung deren er sich nicht mit Gewißheit erinnert, ob sie von ihm herrühre, oder nicht, eidlich abzuläugnen, oder den Prozeß zu verlieren, angegeben.

Wäre von der Unterzeichnung allein, ohne Beziehung auf den Innhalt, die Rede; so würde dieser Grund ohne Zweifel für erheblich zu halten seyn; mir scheint es aber

zu den seltensten Fällen zu gehören, daß jemand sich nicht mehr entsinnen könne, ob ihm der Innhalt einer ihn selbst angehenden Urkunde, die ihm itzt vorgelegt wird, schon vorher bekannt gewesen sey, und ob er sie zur Bekräftigung dieses ihm bekannten Innhalts unterfertigt habe, oder nicht. Auf der andern Seite wäre aber dem Besitzer einer solchen Urkunde fast alle Möglichlichkeit, den Beweis ihrer Aechtheit zu führen, abgeschnitten, wenn ihm die Zuschiebung des Eides entzogen würde; weil Zeugen, wenn solche zugegen gewesen wären, die Urkunde wohl selbst mit unterschrieben haben würden, und weil die Vergleichung der Namenszeichen zu wenig Sicherheit gewährt, als daß durch sie ein Beweis geführt werden könnte.

Es wäre daher zu wünschen, daß die angeführte Beschränkung des Beweises aus dem zweiten Absatze des §s 254 weggelassen würde.

XVIII.

Vom Beweise durch Zeugen.

Daß ein Zeuge vor zurückgelegtem 16ten Lebensjahre völlig untüchtig, nach demselben aber ganz tüchtig seyn soll, wie der §. 292 anordnet, ist eine Abweichung von den bisherigen bewährtesten Gesetzgebungen, und selbst von dem bayerischen Gesetz' in Strafrechtssachen, welche durch die Motiven S. 223 nicht gerechtfertigt zu seyn scheint.

Die bayerische Gerichtsordung setzt im Xten Kapitel §. 10 die völlige Tauglichkeit zum Zeugniß auf das 14te Jahr. Die französische Prozeßordnung läßt hiefür das 15te Lebensjahr gelten. *) Die österreichische Gerichtsordnung erklärt in den §en 140 und 142, Kinder unter 14 Jaren für ganz verwerflich, junge Leute vom 14ten bis

*) §. 285 des Code de proced.

zum 20ten Jahr aber selbst dann noch für bedenklich, wenn sie schon 20 Jahre alt sind, jedoch über Thatsachen Zeugniß geben, die sich vor ihrem vollendeten 20sten Lebensjahr ereignet haben. Nach der preußischen Prozeßordnung Tit. X §. 230 sind Kinder unter 14 Jahren untüchtige Zeugen; ob Zeugen, die das 18te Jahr noch nicht erreicht haben, vollen Glauben verdienen, oder nicht, wird der richterlichen Beurtheilung vorbehalten. Das bayerische Strafgesetzbuch endlich nimmt im IIten Theile Art. 281 einen 18jährigen Zeugen für vollgiltig an, legt aber auch den Aussagen eines jüngern Zeugen die Kraft einer entfernten Anzeigung bei.

Es ist schon den Gesetzen der Natur, welche die geistigen wie die körperlichen Kräfte nur nach und nach reifen läßt, nicht angemessen, daß ein Mensch, der bis zu einem gewissen Alter ganz unfähig ist, etwas mit Zuverlässigkeit wahr zu nehmen, und seine Wahrnehmung richtig anzugeben, mit diesem Alter plötzlich die völlige Tüchtigkeit hiezu erhalten haben soll. Hiezu kömmt noch, das die Gesetze des civilrechtlichen, und des strafrechtlichen Verfahrens, in Gegenständen, die beiden gemeinschäftlich sind, wie dieses mit dem Beweise durch Zeugen der Fall ist, nicht ohne Noth von einander abweichen sollen.

Ich glaube daher, daß eine dem §. 281 Th. II des Strafgesetzbuchs nachgebildete Bestimmung, die auch das Ansehen der besten Prozeßordnungen für sich haben würde, jener des revidirten Entwurfs weit vorzuziehen wäre. Hiernach dürfte die völlige Tüchtigkeit eines Zeugen auf das 18te Lebensjahr mit Rückwirkung auf die nach dem 14ten Jahre wahrgenommenen Thatsachen zu setzen, ein Zeuge vom 14ten bis zum 18ten Jahr aber mit Beschränkung auf Thatsachen, die sich seit seinem 12ten Jahr ereignet haben, für bedenklich zu erklären seyn.

Da Kinder mit 14 Jahren in allen Religionssystemen den nothwendigsten Religionsunterricht in der Regel schon erhalten haben; so wird ihre Beeidigung nach vorausgegangener Erinnerung selten einem Anstand unterliegen. Allenfalls könnte es auch in jedem einzelnen Falle dem vernünftgen Ermessen des Gerichts überlassen wer-

den, ob ein so junger Zeuge gar nicht, oder allenfalls erst nach abgelegter Aussage beeidigt werden soll. Hiernach wäre denn nicht nur der §. 292 sondern auch der §. 318, wornach niemand vor zurückgelegtem 16ten Lebensjahre beeidigt werden soll, abzuändern.

Zum §. 349 Abs. 2 muß ich den schon in der Zusammenstellung der Abweichungen des revidirten von dem ältern Entwurfe geäusserten Wunsch wiederholen, daß die Ungewißheit, ob auch durch bedenkliche Zeugen ein voller Beweis hergestellt werden könne, zur Vermeidung künftiger verschiedener Auslegungen, durch eine deutlichere Fassung des Gesetzes gehoben werden, und daß dieses, nach den schon in den Bemerkungen S. 125 aus einander gesetzten Gründen, auf eine der Bestimmung der Prozeßordnung in Strafrechtssachen angemessene Weise geschehen möge.

XIX.

Vom Beweise durch den Eid.

Der revidirte Entwurf setzt so, wie jener v. J. 1825 voraus, daß der Entscheidungseid sowohl, als die nothwendigen Eide, auch vom Nichtwissen geschworen werden können §. 329 und 342. Auf diese Voraussetzung ist die Anordnung gebaut, daß dem Meineidigen ein Curator zu bestellen sey, der so, wie die Curatoren oder Vormünder anderer unter Curatel stehender Personen, die vorkommenden Eide vom Wissen oder Nichtwissen zu leisten habe.

Ich habe aber schon in den Bemerkungen S. 107 mein Befremden geäussert, wie Herr von Gönner und der Entwurf v. J. 1825 die Leistung eines Ergänzungseides vom Nichtwissen in die Prozeßordnung einzuführen haben für möglich halten können.

Der Ergänzungseid ist nichts als ein Zeugniß, welches der Beweisführer ausnahmsweise in eigner Sache ablegen darf, wenn er schon einen halben Beweis für sich

hat. Das Zeugniß dessen, dem von einer Sache, die er bezeugen soll, nichts bekannt ist, beweist gar nichts; wie soll ein solches Zeugniß einen Beweis ergänzen? Es verhält sich mit dem Zeugenbeweise nicht, wie in der Arithmetik, wo auch Nullen von großer Bedeutung werden, wenn ihnen eine Ziffer voransteht. Hier bezeichnen die Nullen die höhere Zahlenordnung welche durch die Ziffer ausgedrückt werden soll; der Schwur einer Partei, welche von der Sache, die sie beweisen soll, nichts weiß, rückt aber den unvollständigen Beweis, den sie für sich hat, um gar nichts weiter hinauf; er bleibt eine nichts zählende Nulle, man mag ihn mit dem schon vorhandenen unvollkommenen Beweise zusammendenken, oder nicht.

Wenn der Kläger einen Zeugen für seine Behauptung hat, daß sein Erblasser dem Beklagten 1000 fl. dargeliehen habe, und nur schwören kann, daß er von diesem Darleihen nichts wisse; so vermehrt dieser Schwur die Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht im geringsten; sein Zeugniß steht noch ganz allein da; und es hieße, alle seit Jahrtausenden im Rechtsverfahren bestehenden Begriffe von der Vollständigkeit und Unvollständigkeit der Beweise umstürzen, wenn man hier mehr als einen halben Beweis annehmen wollte.

Durch die Formeln im §. 329, daß der Schwörende allen Fleiß angewendet habe, die Wahrheit der Sache zu erforschen, daß er aber nichts habe entdecken können, und daher nicht wisse, daß die Sache sich anders verhalte, als etc., oder, daß er keine Gründe habe finden können, wodurch die Behauptung, daß der Beklagte das Darleihen erhalten habe, widerlegt werden sollte, wird an dem Nichtswissen des Klägers nichts gebessert; er bezeugt nur, daß ihm nichts bekannt sey, wodurch der halbe Beweis, den er schon für sich hat, geschwächt würde.

Wenn daher der Beweisführer nach dem §. 350 in Fällen, wo er mehr als einen halben Beweis für sich hat, allzeit, und, wo ihm nur ein halber Beweis zu Statten kommt, und beide Theile nur vom Nichtwissen schwören können, in der Regel zum Erfüllungseide zuge-

lassen werden soll; so wird eine Neuerung in das Beweisverfahren eingeführt, welche alle Begriffe der bestehenden Prozeßordnungen von den Wirkungen eines vollständigen und nicht vollständigen Beweises umstößt, und durch keine rechtlichen Gründe gerechtfertigt werden kann; die aber höchst gefährlich ist, da sie die Schranken wenigstens zur Hälfte einreißt, durch welche bisher das Eigenthum gegen die Angriffe der Unredlichkeit und des Betrugs geschützt wurde.

Da der Erfüllungseid vom Nichtwissen durchaus nicht Statt haben kann; so muß auch die Anordnung wegfallen, daß ein dem Meineidigen zu bestellender, oder ein für Personen, die ihre Angelegenheiten zu besorgen nicht fähig sind, bestellter Curator, oder Vormünder alle vorkommenden Eide zu leisten habe. Den Erfüllungseid kann und darf der Curator nur über Thatsachen schwören, von denen er eigne Wissenschaft hat.

Kömmt der Meineidige dadurch manchmal in den Fall, einen unvollständigen Beweis nicht ergänzen zu können; so muß er dieses als eine der zahlreichen bösen Folgen seines Verbrechens tragen. Minderjährige, und andere unter Curatel gesetzte Personen können in diesem Punkt auch künftig eben so wenig als bisher gegen die Natur der Dinge geschützt werden. Zum Glücke sind diese Personen, besonders wenn von Obrigkeits wegen gehörig für sie gesorgt wird, selten im Falle, eines Erfüllungseides zu bedürfen.

Da nach dem §. 350 ohne Unterschied, wenn der Beweis mehr als halb geführt ist, und nach Umständen auch, wenn ein halber Beweis vorhanden ist, auf den Ergänzungseid erkannt werden soll; so scheint der revidirte Entwurf das Anerbieten zu diesem Eide nicht zu erfodern, sondern denselben als eines der im §. 220 ausgenommenen Beweismittel, die bei dem Beweisantritte nicht sogleich anzugeben sind, zu behandeln. Ein Ergänzungseid, das ist ein Eid, wodurch eine Art von Zeugniß in eigner Sache beschworen wird, kann aber ohne die größte Gefahr des Meineids einer Partei nicht auferlegt

werden, die sich nicht dazu erboten hat. Wer weiß, daß er außer dem Erfüllungseide keinen vollständigen Beweis für sich hat, von dem ist, wenn er sich zu diesem Eide nicht erbietet, mit großer Wahrscheinlichkeit vorauszusetzen, daß er entweder die Thatsache, deren Richtigkeit er beschwören soll, nicht mit eignen Sinnen wahr genommen habe, oder sonst von ihrer Wahrheit nicht fest überzeugt sey; wird ihm nun durch den richterlichen Auftrag nur die Wahl gelassen, den Prozeß zu verlieren, oder zu schwören; so muß er schon ein Mann von seltner Rechtlichkeit seyn, wenn er, um sein Gewissen rein zu halten, zumal bei einer Sache von Wichtigkeit, das Erste wählt.

Es wird also auch durch diese Neuerung nichts Besseres, sondern etwas weit Schlimmeres in die Prozeßordnung eingeführt, als die bayerische Gerichtsordnung Kap. XIII, §. 3, und später die österreichische Gerichtsordnung §. 212 festgesetzt hat.

Mit gleicher Gefahr des Meineides, wie der von der Partei nicht angebotene Ergänzungseid, wird auch der Reinigungseid vom Richter aufgetragen. Eine Partei, welche auf die Gewissenhaftigkeit des Gegners einiges Vertrauen setzt, pflegt ihm den Entscheidungseid aufzutragen; der Reinigungseid bleibt also nur für jene übrig, denen der Gegentheil einen falschen Eid in dem Grade zutraut, daß er es nicht einmal der Mühe für werth hält, den Versuch zu wagen, ob sie den Meineid, oder den Verlust des Prozesses wählen werden. Da die Partei, zu deren Gunsten dem Gegentheile der Reinigungseid aufgetragen wird, den ihr obliegenden Beweis nicht hergestellt hat, und ein aufgetragener Reinigungseid fast nie verweigert zu werden pflegt; so verliert sie den Prozeß, es möge auf den Reinigungseid erkannt werden oder nicht; und das Gesetz hat die Moral des Volks untergraben geholfen, ohne für die Entdeckung der Wahrheit den geringsten Nutzen zu schaffen.

Daß die Aufhebung des Reinigungseides Anlaß geben werde, in demselben Verhältnisse die Entscheidungseide zu vermehren, wie in den Motiven S. 276 befürch-

tet wird, ist eben darum nicht wahrscheinlich; weil die Parteien nicht gerne jemanden einen Eid auftragen, von dessen Gewissenhaftigkeit sie keine gute Meinung haben.

Ich wiederhole daher meinen schon in den Bemerkungen S. 108 geäußerten Wunsch, daß der Reinigungseid nach dem Beispiele der österreichischen und französischen Prozeßordnung abgeschafft werden möge.

Wenn übrigens der Entscheidungseid, so wie der zurückgeschobene Eid auch vom Nichtwissen abgelegt werden kann, was wenigstens nicht, wie bey dem Ergänzungseide, der Natur der Sache widerspricht; so kann sehr oft nicht geradezu der Gegensatz des Beweissatzes, oder desjenigen Theils desselben, welcher die durch diesen Eid zu beweisenden Thatsachen enthält, die Eidesformel seyn, wie im §. 336 ausgesprochen ist. Der Richter muß vielmehr die Formel nach dem Verhältnisse des Nichtwissens einrichten. Diese Erklärung, die in den Worten jenes §s nicht liegt, muß also noch eingeschaltet werden; weil der Richter die Gesetze nicht über ihren wörtlichen Innhalt ausdehnen darf. Eben dieses würde auch von dem §. 351, wo vom Ergänzungs- und Reinigungseide die Rede ist, gelten, wenn der erste nicht auf das Wissen beschränkt, und der zweite nicht ganz aufgehoben werden sollte.

XX.

Vom Beweise durch Vermuthungen.

Hierüber kann ich nur die in den Bemerkungen S. 126 gemachten Erinnerungen wiederholen. Nachdem im strafrechtlichen Verfahren den Anzeigungen so viel Macht eingeräumt ist, daß durch dieselben nicht nur in Verbindung mit andern Behelfen, sondern auch ohne andere Hülfsmittel ein vollständiger Beweis hergestellt werden kann; so fodert die Lehre von den Anzeigungen auch eine größere Aufmerksamkeit im Civilverfahren. Einige allgemeine Säze, daß z. B. eine größere oder geringere

Wahrscheinlichkeit nach dem Verhältniß einer nähern oder entferntern Verbindung bewiesener Thatsachen mit der zu erweisenden bewirkt werde, und daß gemeine Vermuthungen allein nie einen vollständigen Beweis bilden, reichen nicht mehr hin.

Wenn im strafrechtlichen Verfahren, und zu dem Zwecke eine Strafe auszusprechen, durch Anzeigungen vollkommen bewiesen werden kann, daß jemand das Eigenthum eines Andern beschädigt habe; so kann ohne Inkonsequenz nicht gesetzlich bestimmt werden, daß, wenn dem Beklagten nur grobe Schuld, und kein böser Wille zur Last gelegt, und also nur im Civilweg auf Schadenersatz geklagt wird, der Beweis auf solche Weise nicht hergestellt werden könne. Ein Beweismittel, das hinreicht, wenn Ehre und Freiheit auf dem Spiele stehen, sollte nicht für unzulänglich erklärt werden, die nämliche Thatsache darzuthun, wenn es nur auf eine Geldfoderung ankömmt. Eben dieses kann von allen Thatsachen behauptet werden, welche irgend Anlaß zu einem Civilprozesse geben. Sie stehen in Hinsicht auf die Art, sie zu beweisen mit jenen Thatsachen, welche strafrechtliche Untersuchungen begründen, in gleichem Verhältnisse.

Es wäre daher sehr zu wünschen, daß nach der Anleitung, die Herr von Gönner in der von mir angeführten Stelle der Motive zu seinem Entwurfe der Prozeßordnung gab, ausführlichere Bestimmungen über den Beweis durch Anzeigungen möchten entworfen und in die Prozeßordnung aufgenommen werden.

In den Motiven zur revidirten Prozeßordnung hätte man wenigstens die Darlegung einiger Gründe erwartet, aus welchen der Gönner'sche Antrag gar keiner Rücksicht würdig gefunden worden ist.

XXI.

Einzelne Erinnerungen.

Die hier folgenden Erinnerungen betreffen zwar zum Theile Gegenstände, wovon in den ersten Kapiteln des

revidirten Entwurfs gehandelt wird; allein da mit dem revidirten Entwurf ein ganz neues System des Prozesses eingeführt werden soll, die Fragen aber, welche das ganze System betreffen, die wichtigsten sind, und über die Annahme oder Nichtannahme der vorgeschlagenen Prozeßordnung vorzüglich entscheiden; so glaubte ich die sich hierauf beziehenden Erörterungen voranstellen zu müssen; damit die Aufmerksamkeit nicht gleich anfangs durch Hinweisung auf einzelne Bestimmungen von dem Ueberblicke des ganzen Systems abgelenkt würde.

Diese einzelnen Erinnerungen, die deßwegen bis hieher verschoben wurden, sind folgende.

1) Der Entwurf v. J. 1825 hat in den §en 11 und 12 ganz zweckmäßige in schon vorhandenen Verordnungen gegründete Regeln für Competenzstreite zwischen Gerichten aufgestellt, und die Entscheidung den Obergerichten, wenn sie aber unter verschiedenen Obergerichten stehen, oder zwei Obergerichte selbst unter sich im Streite sind, dem Oberappellationsgerichte zugewiesen.

Hievon schweigt der revidirte Entwurf gänzlich, und die Beilage V handelt nur vom Conflikte zwischen Justiz- und Verwaltungsstellen, worüber der §. 13 des ältern Entwurfs eine Bestimmung enthielt, welche zu der ersten Erinnerung in den Bemerkungen S. 115 den Anlaß gab.

Es wäre zu wünschen, daß, um die hiedurch entstandene Lücke auszufüllen, die §en 11 und 12 des Entwurfs vom J. 1825 wieder hergestellt würden.

2) Der §. 24 verordnet, auf Antrag einer Partei eine Rechtssache einem andern Gerichte zu übertragen, wenn die Rechtspflege beharrlich verweigert oder verzögert wird. Er nimmt das Daseyn einer solchen Verweigerung oder Verzögerung an, wenn nach ausgesprochenem Aktenschlusse die Streitsache binnen 14 Tagen nicht auf die Audienzrolle gebracht, und wenn auf eine schriftliche Eingabe die richterliche Verfügung nicht innerhalb 14 Tagen vom Tage der Uebergabe an mitgetheilt ist,

oder auf eine Protokollarverhandlung nicht sogleich am Termine das richterliche Dekret erfolgt, und in allen diesen Fällen auf die schriftliche oder mündliche Erinnerung der Partei binnen den nächsten drei Tagen dem Gesuche nicht entsprochen ist.

Vor Allem begründen aber die angeführten Verspätungen nicht immer den Begriff der Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege. Ein Gericht erster Instanz kann nach der Methode des revidirten Entwurfs 10 Sitzungen hindurch mit einem einzigen Konkursprozesse beschäftigt werden; hiezu können dringende straf- und civilrechtliche Entscheidungen kommen, denen andere Rechtssachen ausweichen müssen; die vollständige getreue und kurze Darstellung des Streitverhältnisses des angeblich zurückgesetzten Prozesses kann die Arbeit des Referenten 8 und mehrere Tage in Anspruch nehmen. Das thätigste Gericht kann so, wenn es gleich sonst der Menge seiner Arbeiten gewachsen ist, in den Fall kommen, eine geschlossene Rechtssache nicht nur 14 Tage, sondern Monate lang nicht auf die Audienzrolle setzen, und dem Gesuche der Partei auf ihre Erinnerung nicht entsprechen zu können. Das Dekret auf eine Protokollarverhandlung läßt sich von dem Mitglied eines Bezirksgerichts auch nicht immer auf der Stelle geben; es wäre sogar gefährlich, es von ihm zu fodern.

Die Verweisung einer Rechtssache an ein anderes Gericht ist über dieß kein schickliches Mittel, die Nachläßigkeit eines Gerichts zu strafen. Diese Strafe trifft in der Regel nur das delegirte Gericht, dem die Verhandlung und Entscheidung eines nicht in seinen Geschäftskreis gehörigen Prozesses aufgebürdet wird, und die unschuldigen Parteien, welche nun mit doppelten Kosten ihr Recht in weiter Entfernung suchen müssen. Die ihnen gegen das säumige Gericht vorbehaltene Klage wegen Ersatzes des Schadens ist zu gehäßig, als daß besonnene Parteien viel Gebrauch davon machen könnten. Dieser Vorbehalt gleicht überdieß einer Anweisung auf die Haut des Bären, der erst noch erlegt werden muß. Was soll

endlich geschehen, wenn das delegirte Gericht seine Bezirksgeschäfte zuerst vornimmt, und die ihm zugewiesene Rechtssache ebenfalls liegen läßt?

Die französische Prozeßordnung *) erkennt zwar auch als Verweigerung der Rechtspflege, wenn ein Gericht schriftliche Eingaben nicht erledigt, und Rechtssachen, an denen die Reihe ist, nicht zur Entscheidung bringt, nachdem es zweimal, und zwar ein Friedens- oder Handelsgericht von 3 zu 3, und ein anderes Gericht von 8 zu 8 Tagen, erinnert worden ist; sie verordnet aber nicht die unverzügliche Verweisung der Sache an ein anderes Gericht, sondern gestattet nur die sehr mißliche Syndikatsklage, die, wenn sie verworfen wird, der Partei eine Strafe von wenigstens 300 Franken, die dem angegriffenen Richter zu leistende Entschädigung ungerechnet, zuzieht. Dieser Weg, sich schleunige Rechtspflege zu verschaffen, dürfte seiner Gefährlichkeit wegen, wohl selten betreten werden.

Es scheint daher immer am räthlichsten, es bei der bisherigen Art der Beschwerden über verzögerte Rechtspflege zu lassen, auf welche die höhere Stelle nach eingeholter Verantwortung des Gerichts, die nöthige Abhülfe zu treffen hat, die wohl auch, jedoch nur in ganz außerordentlichen Fällen, in der Delegation eines andern Gerichts zur Verhandlung und Entscheidung der Sache bestehen kann.

3) Im §. 33 wird die in der französischen Prozeßordnung sowohl, als in der bayerischen Hofrathsordnung befindliche Bestimmung vermißt, daß ein Richter, der sich eines Umstandes bewußt ist, welcher ihn zum Richteramt in einer Sache unfähig oder verdächtig macht, dieses, wenn es auch von den Parteien mit Stillschweigen übergangen worden, oder ihnen unbekannt geblieben ist, selbst angeben, und sich der Amtsthätigkeit enthalten, oder wenigstens der Entscheidung des Collegiums überlassen soll, ob er bei der Sache mitwirken könne, oder nicht.

---

*) Code de proced. §. 506, 507, 513 und 516.

4) Unter die Verdachtsgründe gegen einen Richter wäre billig auch die Eigenschaft eines Schuldners einer der Parteien aufzunehmen gewesen. Die französische Prozeßordnung traut im §. 378 dem Schuldner einer Partei, die ihm das dargeliehene Kapitel zur Unzeit aufkündigen kann, mit Recht kein unbestochenes Urtheil wider die Gegenpartei zu.

5) Der §. 62 läßt die Hauptintervention nicht mehr zu, wenn der Streit in einer höhern Instanz anhängig ist. Als Grund dieser Abweichung von der bisherigen gesetzlichen Bestimmung wird in den Motiven S. 48 die Leichtigkeit angegeben, einen Realarrest zu erwirken. Der Hauptintervenient, derjenige nämlich, welcher nach dem §. 61 ein selbstständiges, vom Interesse der streitenden Theile verschiedenes, dermalen schon klagbares Recht, kraft dessen er den im Streite befangenen Gegenstand sich ganz oder zum Theile zueignen will, zu verfolgen hat, soll also mit einer Arrestklage auftreten. Diese Klage muß er nothwendig gegen eine der streitenden Parteien, allenfalls gegen den Besitzer, oder gegen beide anstellen. Klagt er nur gegen eine Partei, so steht er in Gefahr den Prozeß mit der andern Partei, wenn diese allenfalls wider ihren ersten Gegner obsiegen sollte, wieder von vorne anfangen zu müssen; leitet er das Arrestgesuch gegen beide streitende Parteien ein; so ist ja die Intervention, nur unter einer andern Gestalt, vorhanden. Auf alle Fälle werden aus einem 2 Prozesse, nämlich der Arrestjustifikationsprozeß, und der Hauptprozeß.

Nebst dem aber, daß durch die Verweisung des Hauptintervenienten zur Arrestklage die Sache nicht einfacher, sondern weitläufiger wird, erschwert diese Abänderung dem Intervenienten auch die Sicherung seiner Ansprüche. Indem er um den Arrest nachsucht, muß er die Gefahr nachweisen, sein Eigenthum ganz oder zum Theile zu verlieren; da diese Gefahr nicht selten vorhanden ist, ohne daß sie leicht zu erweisen wäre; so wird das Arrestgesuch sehr oft nicht Statt finden, und der Gegenstand des Streites kann in den Händen der streitenden Parteien zu Grund gehen, ohne das der Dritte, wenn er auch

später sein Eigenthumsrecht auf denselben darzuthun im Stand' ist, sich seines Schadens erholen kann.

Der §. 96 des Entwurfs v. J. 1825 gestattete, die Hauptintervention bei der ersten Instanz noch anzubringen, wenn auch der Streit schon in der höhern Instanz anhängig ist, mit der Einschränkung jedoch, daß dadurch das Verfahren und die Entscheidung in der Berufungsinstanz nicht, sondern nur die Vollstreckung des Erkenntnisses, so weit sie die Rechtsansprüche des Intervenienten gefährden würde, soll aufgehalten werden. Diese Bestimmung scheint mir die Wiederaufnahme zu verdienen.

6) Der revidirte Entwurf hat im § 67 Abs. 3 den §. 119 des Entwurfs v. J. 1825 wiederholt, wornach die Unterlassung der Streitverkündigung als Verzicht auf die Regreß = oder Entschädigungsklage angesehen wird.

Ich habe schon in den Bemerkungen S. 117 in der 4ten Erinnerung die Unrechtlichkeit und Unzweckmäßigkeit dieses Ausspruchs darzuthun versucht, und in den Motiven S. 53 nichts gefunden, was meine Meinung wankend machen könnte; denn die Motive enthalten hauptsächlich nur den vom Herrn von Gönner angeführten Grund, daß der Regreßkläger an = und ausführen müßte, er habe einen Streit geführt, worinn er gar nicht habe siegen können. Diesen Grund habe ich aber S. 119 der Bemerkungen schon widerlegt. Der Klagegrund der Regreßklage ist nicht die Unmöglichkeit, den Prozeß gegen den Dritten zu gewinnen; und es liegt dem Kläger gar nicht ob, diesen Grund anzuführen; es ist hinlänglich, wenn er darthut, daß der Beklagte die Verbindlichkeit auf sich habe, ihm für dasjenige, was er von dem Dritten hätte erhalten sollen, Entschädigung zu leisten. Es ist dann eine Einrede des Beklagten, daß durch seine Dazwischenkunft, oder durch die Behelfe, die er hätte vorlegen können, in dem Prozesse gegen den Dritten würde gesiegt worden seyn. Diese Einrede muß, und kann eben so, wie jede andere, von dem Beklagten bewiesen werden.

Wenn der Cessionar mit seiner Klage gegen den Schuldner abgewiesen wurde, weil dieser die Handschrift

diffitirt hat, und nun den Cedenten um Entschädigung belangt; so liegt ihm kein anderer Beweis ob, als daß die Cession wirklich geschehen, der Cedent von ihm befriedigt, die Schuld aber nicht liquid befunden worden sey. Daß der Schuldner würde verurtheilt worden seyn, wenn der Cedent durch die Streitverkündigung in den Fall gekommen wäre, seine Behelfe vorzulegen, oder wenn der Cessionar in dem Streite mit dem Schuldner keine Fehler begangen hätte, ist offenbar eine Einrede des Cedenten, die der Cessionar weder in der Klage noch in der Replik zu berühren nöthig hat, wenn sie ihm nicht gemacht wird.

Die Bemerkung in den Motiven, daß, wenn die Streitverkündigung nicht nothwendig wäre, jede Unterlassung derselben einen neuen Prozeß in sich enthalten würde, ist nicht ganz richtig; denn dieser neue Prozeß findet nur dann Statt, wenn die Partei, welche den Regreß in Anspruch nimmt, im frühern Rechtsstreit unterlegen ist. Dagegen zwingt die Nothwendigkeit der Streitverkündigung, immer Personen in den Streit zu ziehen, die in der Regel ganz ruhig hätten bleiben können, weil die Partei, welche den Streit zu verkündigen gezwungen war, gar nicht in den Fall kömmt, den Regreß gegen jemanden nehmen zu müssen. Die Foderung, den Streit in allen Fällen bei Verlust des Regresses zu verkündigen, ist also gewiß weit eher eine Quelle unnöthiger Prozeßhandlungen, als die den Parteien in diesem Punkte gestattete Freiheit. Uebrigens ist aber auch die Unterdrückung von Prozessen dort, wo das materielle Recht darunter leidet, nichts weniger, als ein Gewinn für die Rechtspflege.

Daß die bayerische Gerichtsordnung den Verlust des Regresses mit der Unterlassung der Streitverkündigung in allen Fällen verbinde, wie die Motive zu behaupten scheinen, ist nicht gegründet; sie fodert, wie ich in den Bemerkungen S. 119 angeführt habe, die Streitverkündigung nur in Eviktionsfällen. In der Anmerkung des Freiherrn von Kreitmaier zum Kapitel VIII, §. 2 der bayerischen Gerichtsordnung wird besonders aufmerksam

darauf gemacht, daß die Streitverkündigung extra casum evictionis in andern Fällen, wo uns etwa der Regreß bevorstehe, nicht de necessitate sey, daher auch der Codex von der Gewährschaft allein Meldung thue.

Offenbar hat aber die preußische Gerichtsordnung, wornach in dem Prozeß über die Regreßklage der Beklagte, dem die Streitverkündigung nicht geschah, nur dann frei zu sprechen ist, wenn seine Behelfe den Sieg gegen den Dritten bewirkt haben würden, den Ausspruch des Rechts und der gesunden Vernunft für sich.

7) Im §. 71 wird das Gericht angewiesen, für die Sachlegitimation von Amts wegen zu sorgen.

Ich habe in den Bemerkungen S. 116 zu zeigen versucht, wie sehr diese Anordnung dem Grundsatze der Verhandlung entgegenstrebe; und wie wenig diese Abweichung von der bisherigen bayerischen Gerichtsordnung im ordentlichen Verfahren zu rechtfertigen sey.

In den Motiven S. 54 wird anerkannt, daß diese Einmischung des Gerichts dem Verhandlungsgrundsatze wirklich nicht entspreche, die Anordnung aber durch die Möglichkeit zu rechtfertigen gesucht, daß Nichtigkeiten entstehen können, wenn die Sachlegitimation den Parteien überlassen wird. Allein da im ordentlichen Prozesse nur rechtsverständige Personen auftreten können; so ist die Furcht vor Nichtigkeiten größten Theils ungegründet; und, wenn auch in einem seltenen Fall' einmal eine Partei die Unachtsamkeit des Gegentheils benützen, und in einer Eigenschaft auftreten sollte, die ihr nicht zukäme; so hätte das Gericht eine hieraus entstandene Nichtigkeit nicht zu verantworten; was doch der Fall wäre, wenn dasselbe durch eine nicht ganz strenge Beobachtung der ihm dießfalls vom Gesetz übertragenen Vormundschaft diese Nichtigkeit veranlaßt hätte; und eine Nichtigkeit, die dem Gerichte nicht zur Last fällt, ist auf alle Fälle in rechtlicher Hinsicht ein geringeres Uebel, als das Unrecht, welches einer Partei dadurch zugefügt werden kann, daß ihr der Beweis einer Thatsache aufgebürdet wird, die ihr vom Gegentheile schon stillschweigend als wahr zugegeben

wurde, und die sie vielleicht auf eine andere Weise vollkommen darzuthun nicht im Stand' ist.

Es scheint also, daß es in diesem Punkte füglich bei der Anordnung der noch bestehenden bayerischen Gerichtsordnung hätte belassen werden können.

8) Der §. 82 gestattet den Parteien, zu mündlichen Protokollarverhandlungen in Person, allein, oder mit Beiständen, oder bloß durch Bevollmächtigte zu erscheinen, die nicht eben Advokaten seyn müssen. Da hiernach die erscheinenden Personen sehr oft der Rechte nicht kundig sind, und ihnen also auch nicht zugemuthet werden kann, die Vorschriften der Prozeßordnung genau zu kennen, und zu befolgen; so kann in einem solchen Falle sich nicht streng an den Verhandlungsgrundsatz gehalten, sondern dem Richter muß nach dem Vorgange der österreichischen Gerichtsordnung, wie ich dieses in den Bemerkungen S. 109 näher erörtert habe, und nach jenem der preußischen Gerichtsordnung Th. I Tit. V §. 4 und 5, und Tit. IX. §. 2 u. f. zur Pflicht gemacht werden, die nicht von Rechtskundigen vertretenen Parteien nicht nur in Ansehung der faktischen, sondern auch der rechtlichen Verhältnisse und Vorsichten auf Alles aufmerksam zu machen, was zur Begründung ihrer Rechte, und überhaupt zu ihrem Schutze nothwendig ist. Die Anordnung im §. 378 Abs. 2 des revidirten Entwurfs, das Gericht soll im summarischen Verfahren dahin streben, daß der Streitpunkt richtig gestellt, dasjenige, was jeder Theil vom andern verlangt, vollständig und genau ausgemittelt, und Alles, was zur Entscheidung des Streits gehört, aufgeklärt werde, ist zu allgemein, und doch nicht umfassend genug, um den Richter zu ermächtigen, rechtsunkundige Parteien gegen alle Verkürzungen zu sichern, die für sie aus der Nichtkenntniß des gerichtlichen Verfahrens entspringen können. Es kann Alles, was zur Entscheidung des Streits gehört, aufgeklärt, und dennoch der wahre Gesichtspunkt, aus welchem der Antrag einer Partei zu beurtheilen ist, aus Unkenntniß des Rechts unerörtert geblieben, und der Hauptbeweis übergangen worden seyn.

Diese Sorgfalt der Gerichte für rechtsunkundige Parteien ist jedoch nur in der Voraussetzung nothwendig, daß es in Hinsicht auf die summarischen Prozesse bei dem Vorschlage des revidirten Entwurfs sein Bewenden behalte, und das mündlich öffentliche Verfahren nicht Statt finde. Auch bei dem Konkursverfahren wird diese Erinnerung nicht können außer Acht gelassen werden.

9) Nach dem §. 180 Abs. 2 ist, wenn beide Theile bei einem Termine nicht erschienen sind, sogleich ein neuer von Amts wegen anzusetzen, und dieses zweimal zu wiederholen; wornach, wenn wieder niemand erscheint, die bisherigen Verhandlungen als nicht gepflogen angesehen werden.

Das Gericht hat aber weder ein Interesse, noch die Pflicht, eine Sache fleißiger zu betreiben, als dieses von den Parteien geschieht. Eine den Wünschen der Parteien selbst voreilende Geschäftigkeit vermehrt die Arbeiten des Gerichts ohne Noth, und bringt oft mehr Nachtheil, als Nutzen; weil manche gehässige Sache zum Besten beider Parteien einschlafen würde, wenn der Richter sie nicht von Amts wegen wach erhalten müßte.

Diese neue, dem Verhandlungsgrundsatz ohnehin widersprechende Anordnung dürfte daher füglich wegbleiben.

10) Wenn nach dem §. 181 gegen die Versäumung von Nothfristen überhaupt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, bei dem Daseyn hinlänglicher Entschuldigungsgründe, ertheilt werden kann, und wenn sie sogar für Minderjährige, für den Fiskus, und für andere den Minderjährigen gleich gestellte Körperschaften auf beinahe gar keine Zeit beschränkt ist; so scheint es sich nicht rechtfertigen zu lassen, daß dieselbe nach dem §. 182 gar nie ertheilt werden soll, wenn die Nothfrist von einem Rechtsanwalte versäumt worden ist. Der Grund der Wiedereinsetzung ist die Schuldlosigkeit der Partei, und diese kann eben so wohl erweislich seyn, wenn ein Rechtsanwalt die Frist versäumt hat, als wenn dieses von der Partei selbst geschehen ist. Ist es gerecht, daß die Partei, welche vom Gesetze gezwungen wird, ihren Rechtsstreit durch

einen aus jenen Anwälten führen zu lassen, die ihr der Staat ausschließlich zugewiesen hat, gar kein Mittel mehr haben soll, einen durch die Schuld dieses Anwalts erlittenen Schaden wieder gut zu machen? Warum wird der Fiskus, warum wird eine Stadtgemeinde gegen den Ablauf der von ihren Vertretern versäumten Nothfristen in den vorigen Stand wieder eingesetzt, wenn diese Wiedereinsetzung gegen die Schuld des Vertreters bei dieser Gattung von Fristen überhaupt nicht Statt findet? Soll der Fiskus, und sollen die Stadtgemeinden darum in dieser Hinsicht ein Privilegium vor Andern voraus haben, weil ihre Vertreter sorgfältiger gewählt, und besoldet sind? Durch dergleichen unbeschränkte Privilegien wird die Rechtssicherheit weit mehr gefährdet, als durch die Berücksichtigung einer Partei, deren Anwalt, während dem sie vielleicht in einem fremden Land entfernt, oder tödtlich krank war, und von dem gegen sie ergangenen Urtheile nichts erfahren konnte, die Appellationsfrist versäumt hat.

Ich wiederhole daher meinen schon in den Bemerkungen S. 120 hierüber gemachten Antrag, und füge nur den Wunsch bei, daß die Begünstigung der Minderjährigen, und der ihnen vom Gesetze gleich Gestellten, besonders des königlichen Fiskus, in Hinsicht auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung von Fristen mehr beschränkt, und in die Gränzen der Billigkeit gebracht werden möge.

11) Der §. 197 verordnet, an den Beklagten, der die Klage in der bestimmten Frist nicht beantwortet, auch ohne Anrufen des Klägers eine weitere Auffoderung zur Beantwortung der Klage, mit Herabsetzung der Frist auf die Hälfte, zu erlassen. In den Motiven wird diese Abänderung des §s 335 des Entwurfs v. J. 1825 dadurch zu rechtfertigen gesucht, daß die Parteien sich oft von den Folgen der Unterlassung der Beantwortung der Klage keinen richtigen Begriff machen, und daß vielleicht der zur Exception aufgefoderte Theil noch nicht gehörig berathen seyn dürfte. Allein wer eine Klage zur Beantwortung erhält, weiß, daß er dem Gerichte zu gehorchen schuldig, und daß die Androhung eines gewissen Erfolgs

auf den Fall des Ungehorsams nicht im Scherze gemacht, sondern ernstlich gemeint ist. Der Beklagte hat während der ihm gegebenen Frist Zeit genug zu überlegen, ob er sich in den Prozeß einlassen, und was er der Klage entgegen setzen soll. Reicht diese Zeit nicht hin; so kann er um die Verlängerung der Frist nachsuchen. Es läßt sich voraussehen, daß beinahe in allen Fällen erst die zweite Auffoderung zur Beantwortung der Klage werde abgewartet werden; weil dem Beklagten selten an der Beschleunigung der Sache gelegen ist. Der Prozeß wird mithin ohne Noth verzögert; und dem Gerichte wird dadurch, daß ihm zur Pflicht gemacht wird, bei allen eingekommenen Klagen von Amts wegen zu beobachten, ob die Frist zur Exception schon verflossen sey, eine schwere Last aufgelegt. Es ist also dem vom revidirten Entwurf angenommenen strengen Systeme des schriftlichen Prozesses, wie ich schon in den Bemerkungen S. 102 näher erörtert habe, weit angemessener, die Folgen der Nichtbeantwortung der Klage sogleich auf die Contumacialanzeige des Klägers, aber, consequent mit dem Verhandlungssysteme, auch nicht eher, eintreten zu lassen. Bei dem mündlich öffentlichen Verfahren muß nach der Natur der Sache, dem Kläger, wenn der Beklagte die Klage nicht in der bestimmten Zeit beantwortet, gestattet werden, die Sache sogleich zur Audienz zu bringen.

12) Gegen die Bewilligung von Fristen zum sogenannten Selbstverkaufe bei der Exekution, welche nach dem §. 600 den Besitzern ganzer Gutskörper, Fabriken, großer Wirthschaften, und anderer ansehnlicher unbeweglicher Güter, wie bisher, ertheilt werden kann, hat Herr Landrichter **Puchta** in seinem neuesten Werke über den **Konkursprozeß** S. 177 u. f. sehr gründlich bemerkt, daß sie eine Art von Moratorium sey, bei welchem die sonst vorausgesetzten Bedingungen nicht erfodert werden, und daß der Schuldner diese Frist gewöhnlich ungenützt verstreichen lasse, zufrieden wieder 3 oder 6 Monate Aufschub gewonnen zu haben.

Die Richtigkeit dieser Erfahrung wird jeder, der sich mehrere Jahre gerichtlichen Geschäften gewidmet hat, be-

zeugen können. Dieser Aufschub hat gewöhnlich keinen andern Erfolg, als daß Alles, was sich irgend vom Gute trennen läßt, verschleppt, der Anbau, der Betrieb des Werks, die Unterhaltung der Maschinen und Gebäude vernachläßigt, und so der Werth des liegenden Guts sehr bedeutend verringert wird, das Anschwellen der Kapitalzinse nicht zu rechnen.

Selbst bey dem besten Willen des Schuldners ist selten ein vortheilhafter Verkauf zu bewirken; weil die Kauflustigen, da sie wissen, daß er zu verkaufen gezwungen ist, das Gut entweder von dem Schuldner selbst, oder bei der zu erwartenden gerichtlichen Versteigerung, unter dem wahren Werthe zu erhalten hoffen.

Es wäre daher sehr zu wünschen, daß diese Begünstigung der größern Güter aufhören möchte.

Mit Recht hat eben dieser Schriftsteller S. 181 dafür die möglichst allgemeine Bekanntmachung der Versteigerungen empfohlen. Den Kirchenthüren, an welchen nach seinem Vorschlage, die Bekanntmachungen von Versteigerungen solcher Güter, die für Bauern und Landbewohner käuflich sind, anzuschlagen wären, würde ich jedoch die Dorfschenken substituiren; weil die religiösen Gefühle des Landmannes bei seinem Eintritt in die Kirche nicht durch so ungleichartige Interessen vertilgt werden sollten. Diese Verkündigungsart könnte noch in den §. 602, welcher von der Bekanntmachung der im Wege der Exekution vorzunehmenden Versteigerungen handelt, aufgenommen werden.

13) Die im §. 614 ausgesprochene Aufhebung der Befugniß der Gerichte, gezwungene Zahlungsfristen oder Nachläße zu ertheilen, kann nur Beifall verdienen. Wer in Folge eines Vertrags etwas an seinen Mitbürger zu fodern hat, soll mit Recht hoffen können, daß ihm der Staat zu seiner gerechten Foderung verhülflich seyn, und ihn nicht nöthigen werde, mit derselben zu warten, oder einen Theil davon aufzuopfern, weil Andere, denen der Schuldner vielleicht heimlich versprochen hat, sie schadlos zu halten, sich dieses haben gefallen lassen. Nebst dem,

daß solche gezwungene Fristen= oder Nachlaßverträge sich in rechtlicher Hinsicht kaum rechtfertigen lassen, sind sie auch vollkommen geeignet, den Landeskredit zu untergraben.

Zu wünschen wäre, daß der Entwurf noch einen Schritt weiter gegangen wäre, und auch die von der höchsten Staatsgewalt zu ertheilende Zahlungsnachsicht nach dem Beispiele der österreichischen Gerichtsordnung §. 353 gänzlich abgeschafft hätte. Sehr richtig bemerkt Puchta in dem angeführten Werke S. 234, daß die Moratorien durch landesherrliche Begnadigung auch in ihrer Ableitung von dem Prinzip der öffentlichen Wohlfahrt sehr gehässige Ausnahmen von der Regel des Rechts seyen, und das öffentliche Wohl nirgends besser berathen erscheine, als wo Gerechtigkeit walte, und die Staatsfürsorge vorzüglich dahin gerichtet sey, daß jedem zu dem Seinigen verholfen, und Treue und Glaube erhalten werden; daß diese Moratorien, ihren Ursprung aus den Zeiten despotischer Regierungen herleitend, dem Geist' einer Zeit widerstreben, in der sich die Begriffe von den Rechten der höchsten Gewalt rücksichtlich der Privatrechte ihrer Unterthanen in dieser, und mancher andern Beziehung geläutert haben.

Wenn nach der Verfassungsurkunde Tit. IV, §. 8 niemand gezwungen werden kann, sein Privateigenthum, selbst für öffentliche Zwecke, eher abzutreten, als nach Entscheidung des versammelten Staatsraths, und nach vorgängiger Entschädigung; so scheint es nicht vertheidigt werden zu können, daß jemand gezwungen werde, sein wohl erworbenes Recht auf die bedungene Bezahlung sich ohne alle Entschädigung, und zwar nicht zum Besten des Staats, sondern zum Vortheil eines einzelnen Mitbürgers, verkümmern zu lassen.

Ohnehin sind die im §. 615 zur Begründung eines solchen Moratoriengesuchs verzeichneten Erfodernisse so beschaffen, daß sie nur in höchst seltenen Fällen vorhanden seyn werden. Ein Schuldner, der durch ein besonderes unverschuldetes Unglück in Zahlungsunvermögen=

heit gerathen ist, hinlängliche Mittel besitzt, alle seine Schulden zu bezahlen, und überdieß noch hinlängliche Sicherheit für alle Foderungen, besonders für die jährliche richtige Bezahlung der Zinse, stellen kann, wird schwerlich eines Moratoriums bedürfen; da es ihm an Credit nicht fehlen kann, und also leicht gelingen wird, einen Gläubiger zu finden, der, zur Befriedigung derjenigen, die auf Zahlung dringen, ein Kapital herleiht, und mehrere Jahre unaufgekündigt läßt.

14) Die Verbesserung der Verhältnisse der Advokaten ist zu genau mit der Einführung einer guten Prozeßordnung verbunden, als daß man den Wunsch unterdrücken könnte, eine neue zum angeführten Zwecke wirksame Advokatenordnung möchte zugleich mit dem Entwurfe der Prozeßordnung vorgelegt worden seyn. Ich beziehe mich hierüber auf die Ausführung in dem Bemerkungen S. 34 bis 42.

XXII.

Vom Konkursprozesse.

Um den Konkursprozeß hat sich neuerlich Herr Landrichter Puchta durch das schon angeführte Werk verdient gemacht. Jeder angehende Geschäftsmann, der sich dem Rechtssache widmet, sollte dieses Buch lesen, um über diesen sehr wichtigen Gegenstand klare Ansichten zu gewinnen, und praktische Regeln kennen zu lernen, die ihm bei der Ausübung sehr nützliche Dienste leisten werden. Wenn ich mit seinen Vorschlägen nicht durchaus einverstanden seyn kann; so bin ich doch weit entfernt, seinem Verdienst um die Sache etwas entziehen zu wollen.

Meine Erinnerungen über die Bestimmungen des revidirten Entwurfs werde ich in chronologischer Ordnung vortragen.

§. 1.

Von dem Zeitpunkte der Eröffnung des Konkurses.

Der revidirte Entwurf enthält keine deutliche Bestimmung darüber, ob der Konkurs schon mit dem auf seine Eröffnung erlassenen Dekrete, oder, nachdem dasselbe die Rechtskraft erlangt hat, oder erst mit der Erlassung der Ediktalvorladung für eröffnet gehalten werden soll. Diese Bestimmung hat aber einen zu wichtigen Einfluß auf die Beurtheilung solcher Handlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Erlassung des Konkurseröffnungsdekrets in Hinsicht auf sein Vermögen vorgenommen hat, auf die Exekution in Wechselsachen, auf das Vorzugsrecht der Kapitalzinse, und auf andere Verhältnisse, als daß sie in irgend einer Konkursordnung fehlen könnte.

Die bayerische Gerichtsordnung Kap. XIX, §. 3, und nach ihr der Entwurf vom Jahr 1825 §. 859 setzt den Anfang des Konkurses auf den Tag der Ausschreibung und namentlich der öffentlichen Anschlagung der Ediktalvorladung. Eben diesen Zeitpunkt hat auch die österreichische Konkursordnung im §. 5 angenommen; und der revidirte Entwurf scheint von derselben Ansicht auszugehen, da er in den §en 463 und 464 die Folgen der Eröffnung des Konkurses als durch die Ediktalladung herbeigeführt angiebt. Ich glaube aber mit Herrn Puchta, *) daß die preußische Prozeßordnung Tit. 50, §. 22 und 23 diese Frage am richtigsten entschieden habe, da sie die Eröffnung des Konkurses auf die Mittagsstunde jenes Tages setzt, an welchem das Konkurseröffnungsdekret der ersten Instanz den Interessenten bekannt gemacht wird, uud nicht gestattet, daß durch die Appellation hieran etwas geändert werde, wenn in der höhern Instanz die Bestättigung erfolgt. Der Ausspruch, daß des Schuldners Vermögen zur Bezahlung aller seiner Schulden nicht

*) S. 403 des angeführten Werkes.

hinreiche, und also der Konkurs zu eröffnen sey, war von dem Augenblicke an, da er erlassen wurde, schon rechtlich gewiß, vorausgesetzt, daß er später in Rechtskraft erwuchs. Der Schuldner war nicht mehr berechtigt, etwas zu veräußern, und niemand, dem das Verhältniß bekannt war, konnte giltiger Weise noch etwas von seinem Vermögen an sich ziehen; keine Gerichtsstelle durfte ihn mehr als einen Mann behandeln, der mit dem Seinigen frei schalten und walten kann.

In Bayern ist es seit der Erscheinung der Prioritätsordnung v. J. 1822 zur Unterstützung des Hypothekengesetzes, und zur Aufrechthaltung des dadurch belebten Credits unumgänglich nothwendig, den Anfang des Konkurses auf den Tag der Verkündigung des Konkurseröffnungsdekrets zu setzen. Nach den §en 16 und 29 der Prioritätsordnung erstreckt sich nämlich der Vorzug der für eine Hypothekschuld bedungenen Zinse nur auf die bei der Konkurseröffnung laufenden, auf jene des unmittelbar vorausgegangenen Jahrs, und auf die während dem Konkurse verfallenden. Wenn es also dem Gemeinschuldner nach dem in der ersten Instanz schon ergangenen Konkurseröffnungsdekrete gelungen ist, durch Appellationen, Fristen = und Nachlaßgesuche, Protestationen gegen die Schätzung der zur Aktivmasse gehörigen Güter, und andere dergleichen Künste, die Ausschreibung der Ediktalvorladung mehrere Jahre lang zu verzögern; so ist der Hypothekargläubiger in Gefahr für eben so viele Jahre seine Zinse zu verlieren; da nothwendig vorausgesetzt werden muß, daß vor Erlassung des Konkurseröffnungsdekrets schon wenigstens ein Jahrszins rückständig gewesen sey.

Dem Gläubiger nützt hiebey das ihm im §. 12 Abs. 11 des Hypothekengesetzes vorbehaltene Recht, für einen Zinsrückstand von zwei Jahren eine Hypotheke zu erwerben, in den meisten Fällen nichts, nicht nur, weil solche Zinshypotheken als die jüngsten sehr selten von dem Werthe des Guts noch befriedigt werden können, sondern auch, weil keine Hypotheke mehr eingetragen werden kann, so bald einmal das Konkurseröffnungsdekret auch nur in der ersten Instanz ergangen ist.

Nach der ältern bayerischen Prioritätsordnung war ein sorgfältiger Gläubiger dieser Gefahr des Zinsverlustes nicht ausgesetzt; da ihm die Gerichtsordnung Kap. XX. §. 13 die Zinse in der Klasse des Kapitals zusicherte, wenn er sie alle Jahre gehörig eingeklagt hatte.

Izt kann einem Hypothekargläubiger, der sich durch die Vorspiegelungen seines bösen Schuldners nicht abhalten läßt, unabläßig auf die Eröffnung des Konkurses zu dringen, der ununterbrochene Lauf seiner Zinse, und dem Lande der Credit nur dadurch gesichert werden, daß der Anfang des Konkurses auf den Tag der Bekanntmachung des in der ersten Instanz ergangenen Konkurseröffnungsdekrets gesetzt wird, vorausgesetzt, daß dieses Dekret später die Rechtskraft erlangt.

§. 2.

Von der Ediktalvorladung.

Der revidirte Entwurf hat im §. 460 nicht nur die Vorladung aller Gläubiger, bei Vermeidung des Ausschlusses von der Konkursmasse, auf einen bestimmten Tag beibehalten, sondern auch die Milderung dieser Bestimmung, welche der Entwurf v. J. 1825 im §. 860 den Gläubigern durch Gestattung der Einsendung eines schriftlichen Rezesses angedeihen ließ, wieder zurückgenommen.

Ich habe schon in den Bemerkungen S. 155 die Härte, und zugleich die Unnothwendigkeit dieses Zwanges, durch welchen das Vergessen eines Monatstags, oder ein anderes geringfügiges Versehen mit dem Verlust eines bedeutenden Kapitals bestraft werden kann, darzustellen, und zugleich zu zeigen versucht, daß, wenn den Gläubigern die Zumuthung, die Konkursmasse in Hinsicht auf die Richtigkeit der Foderungen ihrer Mitgläubiger zu vertreten, nicht länger gemacht, und die unzeitige Ersparung eines Contradictors aufgegeben würde, dieses Zusammentreiben der Gläubiger auf einen Tag durchaus nicht erfoderlich, und sogar zweckwidrig wäre.

Gerechtigkeit und Billigkeit erlauben der Gesetzgebung nicht, die Parteien durch allzustrenge Formen in Kosten und Gefahr zu setzen, wenn der beabsichtete Zweck ohne diese Strenge erreicht werden kann.

Offenbar verdient also die Bestimmung der österreichischen Konkursordnung §. 7, und der damit übereinstimmenden französischen Prozeßordnung §. 754, wornach den Gläubigern nur aufgetragen wird, ihre Foderungen, bei Vermeidung des Ausschlusses bis zu einem bestimmten Tag anzumelden, den Vorzug vor der Vorladung der Gläubiger auf einen bestimmten Tag, wie sie in dem bayerischen und preußischen Konkursprozeß angeordnet ist.

Noch härter ist die Zumuthung, *) wegen einer vielleicht unbeträchtlichen Foderung die oft damit nicht im Verhältnisse stehenden Kosten einer Reise zum entfernten Gerichtshof, oder der Aufstellung eines Advokaten auf sich zu nehmen, die niemals wieder erstattet werden, oder die Foderung fallen zu lassen.

Der in den Motiven S. 401 angegebene Grund, daß der Gerichtskommissär, um den Vergleich zu versuchen, und um sich mit den Gläubigern wegen der Verfügungen in Beziehung auf die Aktivmasse zu besprechen, dieselben beisammen haben müsse, rechtfertigt diese übertriebene Maßregel nicht. Niemand ist schuldig, sich zu vergleichen; niemand kann also auch bei Vermeidung des Verlustes seiner Foderung zum Vergleichsversuche vorgeladen werden. Die Androhung des Ausschlusses der Nichterscheinenden von der Konkursmasse wäre mithin ungerecht, wenn sie bloß in der größern Leichtigkeit, einen Vergleich zu versuchen, ihren Grund hätte.

Ueber dieß kann in der Regel ein Vergleich in einem Konkurse nur dann erst mit Erfolg versucht werden, wenn es möglich ist mit einiger Zuverläßigkeit zu bestimmen, welche Foderungen liquid seyen, und wenn die Größe der Aktivmasse so weit ausgemittelt ist, daß sie einiger Maßen mit dem Betrage der Schulden zusammengehalten

---

*) Puchta im angeführten Werke S. 337.

werden kann. Am ersten Ediktstage werden zwar die angemeldeten Foderungen, nicht aber die ihnen entgegenstehenden Bedenken bekannt. Ein an diesem Tage geschlossener Vergleich setzt die Konkursmasse in Gefahr, zum Theile die Beute von Gläubigern zu werden, deren Foderungen halb, oder ganz unrichtig sind. Die zur Aktivmasse gehörenden liegenden Güter sind am ersten Ediktstage noch fast nie verkauft; die Gläubiger der letzten Klassen können also noch nicht einmal beiläufig berechnen, wie viel ihnen allenfalls, wenn kein Vergleich zu Stand kommen sollte, zufallen dürfte, und wie sich mithin der ihnen im Wege des Vergleichs zugemuthete Verlust zu jenem verhalte, den sie im Wege des Rechts werden zu leiden haben. Auch der Gerichtskommissär kann bei dieser Lage der Sache noch keinen passenden Vergleichsvorschlag machen. Offenbar ist von einem erst nach der Exceptionstagfahrt zu machenden Vergleichsversuch ein gedeihlicherer Erfolg zu erwarten, als von einem schon bei der Liquidationstagfahrt vorgelegten Plane dieser Art.

Was die Aktivmasse betrifft, so liegt die Sorge dafür größten Theils dem Curator ob: hat dieser Anträge zu machen, zu deren Annahme die Einwilligung der Gläubiger nöthig ist; so kann dieses durch mündliche Besprechung mit den Anwesenden, und durch Umlaufschreiben, die den Abwesenden zugesendet werden, geschehen. Die Absicht mit den Gläubigern über die Verwaltung oder Veräußerung der Aktivmasse zu sprechen kann so wenig, als das Vorhaben, einen Vergleich zu stiften, zur Zusammenberufung der Gläubiger auf einen bestimmten Tag bei Vermeidung des Ausschlusses berechtigen. Das Wegbleiben von einer zu einem Zwecke dieser Art angeordneten Tagfahrt kann gerechter Weise nur dadurch bestraft werden, daß die Stimme des Ausbleibenden nicht gezählt, oder der Mehrheit beigezählt wird.

Die Zumuthung des im bayerischen Konkursverfahren sogenannten Präsenzmachens ist daher eine nicht zu rechtfertigende Strenge, und das Präsenzprotokoll ganz überflüßig. Die §en 466 und 472 können wegbleiben.

Der sicherste und zugleich rascheste Gang des Konkursprozesses wird mit den Foderungen der Gerechtigkeit vereinigt, wenn der zweite Absatz des §s 460 dahin abgeändert wird, daß jeder, welcher an die Konkursmasse einen Anspruch zu haben glaubt, denselben bis zu einem bestimmten Tag entweder mittels Einreichung einer schriftlichen Klage, oder durch mündliche Anmeldung zum Protokolle, wozu auch ein Anwalt gebraucht werden könne, bei Vermeidung des Ausschlusses, geltend zu machen, und zugleich die Gründe anzugeben habe, aus welchen die Foderung etwa in eine vorzügliche Klasse zu setzen wäre.

§. 3.

Von dem Benehmen der Gerichte bei den Liquidationsverhandlungen.

Nach dem §. 460 wird jeder Gläubiger vorgeladen an dem bestimmten Tage seinen Anspruch entweder in Person oder durch einen Anwalt bei Vermeidung des Ausschlusses geltend zu machen. Es ist also auch für rechtsunkundige Partcien im Konkurs eben so wenig, als nach dem §. 82 bei andern Protokollarverhandlungen, nothwendig, sich durch Anwälte vertreten zu lassen. Dieß kann auch nur gebilligt werden, da im Konkurse sehr viele geringe, und noch mehrere unsichere, wahrscheinlich verloren gehende Foderungen vorzukommen pflegen, für deren Eigenthümer es doppelt empfindlich wäre, noch Advokaten honoriren zu müssen. Auch läßt es sich im Konkurse nicht vermeiden, wenigstens noch die Exceptionstagfahrt, ehe zur Audienz geschritten wird, vor einer Commission protokollarisch verhandeln zu lassen; weil zur Audienz nur solche Foderungen gebracht werden können, deren Richtigkeit nicht anerkannt wird, und also vorher bekannt seyn muß, welche Foderungen bestritten werden, und welche nicht. Ueber dieß scheint es die Natur dieses Prozesses mit sich zu bringen, daß der Beweis, wie es in dem §e 467 verordnet ist, sogleich angetreten werde.

Sollen gleich nach dem 2ten Absatz' eben dieses §s übersehene Beweise am nächsten Ediktstage noch nachgetragen werden können, wenn der Beweis einmal in der Hauptsache angetreten ist; so fodert doch schon der Antritt des Beweises in der Hauptsache, die Legitimation zur Sache, und so manche andere dem Konkursprozeß eigne Form besondere Kenntnisse des Verfahrens, die nur bei Rechtskundigen vorausgesetzt werden können. Es ist also in dieser Prozeßart mehr als in irgend einer andern nothwendig, daß der Gerichtskommissär, welcher die Verhandlung leitet, sich der unbehülflichen, und unvertretenen Parteien annehme, und sie belehre, wie sie ihre Foderung, und allenfalls das Erbrecht, oder die Cession, wodurch sie das Recht dazu erlangt haben, beweisen müssen, daß er sie aufmerksam mache, die Urkunden, worauf sie ihr Recht gründen, vorzulegen, die Zeugen, womit sie es beweisen wollen, zu benennen, uud, wo es nöthig ist, den Eid anzubieten, oder aufzutragen. Ohne diese Nachhülfe steht der Landmann, der gemeine Bürger, der Dienstbote ꝛc. in Gefahr, durch eben das Mittel, welches ihm zu seinem Rechte verhelfen soll, und durch die von dem Staate selbst zu seinem Schutz angeordnete Anstalt, um das Seinige gebracht zu werden.

Zwei mit Recht sehr geschätzte Gesetzgebungen, die österreichische und die preußische, haben die Nothwendigkeit eines solchen der Unerfahrenheit zu leistenden Beistandes anerkannt; und im bayerischen Konkursverfahren haben viele klägliche Beispiele bewiesen, wie verderblich es sey, rechtsunkundige Personen sich bei einer solchen Verhandlung selbst zu überlassen.

Ich muß daher die schon zum §. 82 gemachte Erinnerung bei dem §. 467, wo ihre Beachtung am dringendsten ist, wiederholen.

Es zeigt sich auch hier wieder der Vorzug der Vorladung bis zu einer bestimmten Frist vor jener auf einen bestimmten Tag. Die innerhalb der Frist erschienene Partei hat in der Regel noch hinlänglich Zeit, die in Folge der erhaltenen Belehrung beizubringenden Behelfe vor Auslauf der Ediktalfrist herbeizuschaffen, und zu rechter Zeit davon Gebrauch zu machen; wenn dagegen sich

alle Gläubiger auf einen Tag zusammendrängen; so ist es nicht nur dem Gerichtskommissär sehr schwer, wo nicht unmöglich, allen Parteien, bei welchen dieses nothwendig ist, begreiflich zu machen, woran es in Hinsicht auf die Liquidation ihrer Foderungen noch gebreche, sondern es ist auch oft nicht mehr möglich, das Versäumte nachzuholen, und die Partei muß die Fehlerhaftigkeit der Prozeßordnung mit dem Verlust ihres Rechtes büßen.

§. 4.

Vom Vertreter der Masse (Contradictor).

Ich habe in den Bemerkungen S. 145 u. f. die Gründe angeführt, die es nothwendig machen, zur Vertheidigung der Gesammtheit der Gläubiger, und des Schuldners, der wegen der künftig bei einer möglichen Verbesserung seiner Vermögensumstände an ihn zu machenden Nachfoderungen ebenfalls betheiligt ist, gegen die Ansprüche der einzelnen Gläubiger einen Vertreter aufzustellen. Alle Konkursordnungen haben meines Wissens diese Nothwendigkeit anerkannt; und nur die bayerische macht den Gläubigern die sonderbare Zumuthung, die Stelle des Contradictors, so gut sie können und mögen, gegen die einzelnen Gläubiger zu vertreten. Es ist aber auch kaum eine bayerische Konkursverhandlung zu finden, welche nicht den Beweis von der Unzweckmäßigkeit dieser Einrichtung lieferte. Sehr selten geben sich die Advokaten der Parteien die Mühe, das wahre Verhältniß, ob eine Foderung wirklich richtig sey, oder nicht, durch Rücksprache mit dem Gemeinschuldner, durch Untersuchung seiner Papiere, oder durch Nachschlagen der Amtsakten zu ergründen. Wer ein entschiedenes Vorzugsrecht vor der Foderung eines Andern hat, findet keinen Grund, dieselbe streitig zu machen; Andere suchen ihr Heil im Widersprechen. Die liquidesten, selbst durch gerichtliche Urkunden bewiesenen Foderungen werden angestritten; manche Advokaten gehen so weit, daß sie allen Foderungen aller übrigen Gläubiger, ohne Unterschied, ob sie bewiesen sind,

oder nicht, alle in den Gesetzen vorkommenden Einreden entgegensetzen. Wehe dann dem Gläubiger, in dessen Schuldurkunde irgend etwas versehen ist, wenn auch alle Gläubiger recht gut wissen, daß seine Foderung vollkommen richtig ist! wehe dem armen Handwerksmann oder Taglöhner, der für seine Foderung keinen strengen Beweis, aber doch das Geständniß des Gemeinschuldners, und das allgemeine Vertrauen auf seine Ehrlichkeit für sich hat! Das Gericht muß ihn mit einer Foderung zurückweisen, durch deren Widersprechung ein Contradictor sein Gewissen zu verletzen geglaubt haben würde.

Desto mehr muß man bedauern, daß der revidirte Entwurf das Bessere, wozu sich in diesem Punkte der Entwurf vom Jahr 1825 im §. 891 schon erhoben hatte, wieder vernichtet hat, und es im §. 475 auf das ausdrückliche Verlangen der Gläubiger ankommen läßt, ob ein Contradiktor aufgestellt werden soll, oder nicht. In den Motiven S. 403 u. f. wird dieser Rückschritt damit zu rechtfertigen gesucht, daß es die Sache der Gläubiger sey, zu bestimmen, ob sie die Masse gegen die Ansprüche der Einzelnen selbst vertheidigen, oder durch einen Contradictor vertheidigen lassen wollen, und daß ihnen der revidirte Entwurf consequent mit seinen übrigen Bestimmungen, die Herrschaft über ihre Prozesse möglichst sichern wolle.

Allein der revidirte Entwurf hat ja nöthig gefunden, im §. 83 die Verfassung von Prozeßschriften, und im §. 362 das Sprechen in der Audienz, in Hinsicht auf fremde Angelegenheiten auf Advokaten zu beschränken und in eignen Rechtsstreiten nur für Sigelmäßige, und Rechtskundige eine Ausnahme zu machen, offenbar nicht zur Begünstigung des Advokatenstandes, sondern aus gerechter Besorgniß, daß Personen, die des Rechts, und seiner Formen nicht kundig sind, verkürzt werden möchten, wenn sie die Vertheidigung ihrer Rechte nicht solchen Personen überlassen, die sich durch vieljähriges Studium zu diesem Geschäfte gebildet haben. Der revidirte Entwurf hat also doch den Parteien die Herrschaft über ihre Prozesse, zu ihrem eignen Besten, gerade in dem Punkte beschränkt,

in welchem ihnen hier völlige Willkühr eingeräumt werden soll; ob es gleich einleuchtend ist, daß niemand weniger als die Gesammtheit der Gläubiger die Vertretung der Konkursmasse zu übernehmen fähig ist. Eine Partei, die in eigner Sache Prozeß führt, und daher die ganze Beschaffenheit derselben mit den ihr zu Gebot stehenden Beweisen am besten kennt, wäre doch gewiß eher fähig, sich selbst zu vertreten, als die Vertretung einer Konkursmasse, deren Verhältnisse ihr in der Regel völlig unbekannt sind, gegen Gläubiger, mit denen ein Anderer Verträge geschlossen hat, zu übernehmen. Müssen aber Parteien, die des Rechts unkundig sind, nicht eben dadurch, daß ihnen das Gesetz die Vertretung der Konkursmasse überläßt, zu glauben verleitet werden, daß es leichter sey, eine Konkursmasse, als sich selbst, zu vertreten?

Ueber dieß sollen nach dem 2ten Absatze des §s 486 alle Gläubiger, welche in der Audienz gegen einen Posten sprechen wollen, einen einzigen benennen, der für sie zu sprechen hat. Es müssen also dennoch Contradictoren, und zwar mehrere, nämlich gegen jede Post, die von verschiedenen Gläubigern angefochten wird, einer aufgestellt werden. Diese Contradictoren müssen nach dem §. 362 entweder selbst Advokaten seyn, oder dürfen nur unter dem Beistand eines Advokaten sprechen; der dann von jenen, die ihn erst zum Sprechen bevollmächtigen, zu honoriren ist. Hiedurch wird den Gläubigern nicht nur nichts erspart, da sie mehrere Contradictoren statt eines einzigen zu besolden haben, sondern sie leiden auch noch den weit wesentlichern Nachtheil, daß ihr Sprecher keine Gelegenheit gehabt hat, sich von der wahren Beschaffenheit des Gegenstandes, über den er sprechen soll, gründlich zu unterrichten. Gewinnsüchtige Advokaten erhalten über dieß noch einen stärkern Reiz, als bisher, ins Blaue hinein zu widersprechen; weil sie dadurch Hoffnung erlangen, auch als Partialcontradictoren bei der Audienz auftreten zu dürfen. So wird die Ersparung des Vertheidigers der Masse eine neue Quelle der Verlängerung und Vermehrung der Prozesse.

Da die Gläubiger, wie schon Herr von Gönner bemerkt hat, durch die Aufstellung des Contradictors in-

den Stand gesetzt werden, von dem zweiten Ediktstage ganz wegzubleiben; so wird schon durch diese Ersparung das Honorar des Contradiktors vielfach eingebracht.

Die Weglassung des Contradiktors macht also das Konkursverfahren nicht nur nicht wohlseiler, obgleich die Ersparung von Kosten in den Motiven S. 404 mit als ein Grund der Bestimmung des §s 475 angegeben wird, sondern sie vertheuert, und verschlimmert es zugleich.

Die Aufstellung eines Vertreters der Masse oder Contradictors in jedem Konkurse, nur allenfalls mit der Modifikation der preußischen Prozeßordnung Tit. 50 §. 69, daß in minder wichtigen Konkursen das Amt des Curators und Contradiktors in einer Person vereinigt werden könne, ist daher als eine wesentliche Verbesserung des Konkursverfahrens zu betrachten, wornach denn die §en 475 und 486 des revidirten Entwurfs abzuändern seyn werden.

§. 5.

Von der Sönderung der Verhandlungen.

In den Bemerkungen S. 152 u. f. habe ich die großen Nachtheile dargestellt, welche das Zusammenschreiben aller Liquidationsverhandlungen in ein einziges Protokoll nach sich zieht. Der regeste Diensteifer, und die musterhafteste Thätigkeit der Justizkollegien vermag nichts gegen fehlerhafte Formen. Bis diese Methode im bayerischen Konkursprozesse abgeschafft wird, werden die Konkursprozesse in der Regel wenigstens noch einmal so lange dauern, als dieses der Fall wäre, wenn die einzelnen Liquidationsprozesse in einzelne Protokolle abgetheilt wären, und es hiedurch möglich würde, bei Appellationen nur gerade die Akten an die höhere Stelle einzusenden, welche die Foderung betreffen, wodurch die Berufung veranlaßt wurde. Hiezu kömmt der große oft unwiederbringliche Nachtheil, den besonders die Aktivmasse nicht selten dadurch leidet, daß wegen Abwesenheit der Akten Monate und Jahre lang in Ansehung derselben nichts vorgenom-

men werden kann. Man sieht auch nicht, warum dieses Zusammenwerfen der einzelnen Liquidationsprozesse in ein Protokoll der Absönderung vorgezogen wird. Die kleine nur mechanische Mühe, die auf die öftere Wiederholung des Eingangs der Protokolle verwendet werden muß, und die kleine Ersparung an Papier wird doch kein Grund seyn, die wesentlichen Vortheile aufzuopfern, welche durch die Absönderung bewirkt werden?

Nicht nur die österreichische, sondern auch die preußische Konkursordnung hat diese Absönderung der einzelnen Verhandlungen mit der französischen gemein; und Puchta empfielt sie in dem angeführten Werke S. 399, wenigstens in Hinsicht auf die streitigen Posten; was freilich voraussetzt, daß schon am Liquidationstage bestimmt werden könne, welche Foderungen liquid, und welche streitig seyen.

Die österreichische so wie die französische Konkursordnung söndert aber auch, wie ich in den Bemerkungen S. 150 u. f. ebenfalls angeführt habe, das Prioritätsverfahren von den Liquidationsverhandlungen in der Art, daß, wenn der Liquiditätspunkt berichtigt ist, den Gläubigern nur erst ein Prioritätsentwurf vorgelegt wird; wornach es jedem, der nicht in die gehörige Klasse gesetzt zu seyn glaubt, frei steht, mit einer Klage gegen diejenigen, denen er vor, oder gleich gesetzt seyn will, aufzutreten. Die Sache wird in kurzen Fristen verhandelt, entschieden, und nach den ergangenen einzelnen Urtheilen der Prioritätsentwurf entweder berichtigt, oder beibehalten. *) Eben dieses Verfahren ist nach Puchta

*) Herr Landrichter Puchta tadelt S. 362 des angef. Werkes, die österreichische Konkursordnung, weil sie jede Schuldanmeldung wie jede andere Klage zu behandeln verordnet. Seiner Meinung nach ist nach dieser Behandlung der Konkursprozeß nichts, als ein Aggregat einzelner Prozesse; sie widerspricht dem Geiste des Konkursverfahrens, stört die Einheit der Behandlung, und Uebersicht des Ganzen, und größere Weitläufigkeiten scheinen dabei unvermeidlich zu seyn. Allein der Konkurs ist nach allen Konkursordnungen ein Aggregat einzelner Liquidationsprozesse. Da nach der

S. 353 auch im Königreiche Hannover und in Hessen eingeführt.

Die preußische Konkursordnung, welche den Liquidationspunkt zugleich mit dem Prioritätspunkte verhandeln läßt, überträgt *) die Pflicht, auch im Prioritätspunkte zu widersprechen, dem Contradiktor, der aber als Vertreter der Gesammtmasse hiezu nicht geeignet seyn kann; da es der Gesammtheit der Gläubiger gleichgültig ist, wem unter ihnen ein Vorzugsrecht zuerkannt werde, über diesen Punkt nur Einzelne gegen einander streiten, und der widersprechende Theil nicht die Gesammtheit, sondern nur die Streitgenossenschaft der Betheiligten ist, die ihre Vertheidigung dem Contradictor als solchem nicht überlassen kann; weil im Allgemeinen eben so viel Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß er sich in Absicht auf das Vorzugsrecht für den Gegentheil, als daß er sich für sie erklären werde. Die Verhandlung mit den Streitgenossenschaften in Hinsicht auf die Priorität, welche Puchta S. 417 u. f. erst nach dem Exceptionsverfahren bilden will, verdoppelt das Verfahren, und ihre Bildung ist, besonders wenn die Gläubiger größten Theils der Rechte unkundig sind, und also über ihre und anderer Gläubiger Vorzugsrechte aus dem Stegreife nicht urtheilen können, so schwierig, daß nur Richter von ausgezeichnetem Eifer und unermüdeter Geduld damit zu Stand kommen, andere aber die Sache nur oberflächlich behandeln werden. Die Gläu-

---

österreichischen Gerichtsordnung auch außer dem Konkurs alle Beweise der Thatsachen, worauf sich Klage und Einreden stützen, zugleich mit der Klage und Exception angebracht werden müssen; so kömmt sie in der Behandlung der einzelnen Liquidationsprozesse mit dem bayerischen Konkursverfahren überein, und unterscheidet sich durch größere Kürze von dem preußischen, nach welchem jeder einzelne Liquidations- und Prioritätsprozeß wie jeder andere Rechtsstreit, mit Beifügung des Status causae et controversiae, und Deduktion und Gegendeduktion geführt wird. Preuß. allgem. Gerichtsordnung Th. I, Tit. 50, §. 132.

*) Preußische allgemeine Gerichtsordnung Th. I, Tit. 50 §. 126.

biger werden überdieß gezwungen, nicht nur der ganzen Exceptionstagfahrt bis ans Ende beizuwohnen, sondern die Bildung der Streitgenossenschaft, und die Prioritätsverhandlung, die vielleicht erst den zweiten oder dritten Tag vorgenommen werden kann, fodert auch ihre ununterbrochene Gegenwart. Diese sehr empfindliche Vermehrung der Kosten ist überdieß dem größten Theile der Gläubiger ganz unnütz; da in der Regel am Ende nur einige wenige derselben mit dem Prioritätsentwurf unzufrieden zu seyn Ursache zu haben glauben, und die vorläufige Verhandlung mit den Unbetheiligten also ganz umsonst vorgenommen worden ist.

Wie viel durch diese Ersparung unnützer Verhandlungen an Kosten und Zeit gewonnen werde, und wie wenig dagegen die Verlängerung des Verfahrens, welche durch die abgesönderte Verhandlung des Prioritätspunkts nothwendig wird, in Betrachtung kommen könne, habe ich in den Bemerkungen S. 149 u. f. schon hinlänglich erörtert.

Keine Verrichtungen zu gleicher Zeit vornehmen, die sich nicht mit einander vertragen, und nichts ausführen, eh' es gehörig vorbereitet, und ehe die Zeit dazu reif geworden ist, darinn besteht die Ordnung, ohne die gerichtliche Verhandlungen eben so wenig, als andere Unternehmungen gedeihen können.

Bei dem mündlich öffentlichen Verfahren kann nur die doppelte Absönderung des Liquidations- und Prioritätsverfahrens, und jedes einzelnen Liquidationsprozesses, wie in allen Ländern, wo dieses Verfahren eingeführt ist, die Natur der Sache gelehrt hat, zum Ziele führen.

Man versuche es nur, und behandle einmal einen der größern Konkursprozesse nach den §en 486 und 487 des revidirten Entwurfs. Da wird denn in der Audienz zuerst einer der zahlreichen Gläubiger, dann der Contradiktor über den Liquidationspunkt bis zur Genüge sprechen; darauf tritt erst die Streitgenossenschaft in Hinsicht auf den Prioritätspunkt gegen ihn auf, und wiederholt

den vorigen Austritt. Sind die Verhältnisse irgend verwickelt; so wird man von Glück sagen können, wenn so in einer Sitzung über eine Schuldpost entschieden werden kann. Das Nämliche geschieht in der folgenden, und vielleicht in 10 oder 12 nach einander folgenden Sitzungen. Der größte Theil der Gläubiger, die schon den 3 oder 4 Ediktstagen beizuwohnen gezwungen waren, muß indessen warten, wenn auch die Reihe, in die Audienz zu kommen, noch nicht an ihnen ist; weil sie bei dem Prioritätsverfahren betheiligt sind. Das Gericht muß die nämlichen Prioritätsstreite, so oft ein Gläubiger auftritt, der in diesem Punkte mit einem andern in gleichem Verhältnisse steht, und selbst bei solchen Gläubigern, deren Foderungen nicht widersprochen werden, in vielfachen Wiederholungen anhören. Am Ende aller dieser Verhandlungen soll nun die Gerichtsstelle nicht nur über die vor ihr verhandelten streitigen, sondern auch über die gar nicht zur Verhandlung gekommenen liquiden Posten aus dem Stegreif' ein Prioritätsurtheil fällen.

Hier findet man am meisten Anlaß, zu bedauern, daß die Vernehmung des Appellationsgerichts zu Zweibrücken unterblieben ist. Diese Stelle würde doch wohl mit Darlegung ihrer vieljährigen Erfahrung die Unmöglichkeit der Ausführung des vorgeschlagenen Verfahrens augenscheinlich bewiesen haben.

Ich kann also hier nur wiederholen, was ich am Schlusse der Bemerkungen S. 158 unter den Numern 3, 4, 5, und 6 vorgeschlagen habe.

§. 6.

Ueber die mündlich öffentliche Verhandlung im Konkursprozesse.

Durch die protokollarische Verhandlung an den drei Ediktstagen, wie sie der revidirte Entwurf vorschlägt, ist Alles, was in Hinsicht auf die Richtigstellung der Passivmasse zum Konkursverfahren gehört, so erschöpft, daß es

keiner mündlich-öffentlichen Verhandlung mehr, sondern nur noch der kurzen getreuen, und vollständigen Darstellung, das ist, des Vortrags des Referenten bedarf, zu dessen Anhörung allenfalls die Gläubiger zugelassen werden können; wie dieses auch nach der französischen Gerichtsordnung, *) wenn die Berathschlagung auf Vortrag, oder die schriftliche Verhandlung nothwendig befunden wird, üblich ist. Die Parteien oder ihre Vertreter dürfen dann nicht sprechen, sondern dem Vorsitzenden nur allenfalls kurze Bemerkungen über die angeblich im Vortrag unrichtig dargestellten, oder weggelassenen Thatsachen schriftlich überreichen.

Soll aber das mündlich öffentliche Verfahren, wie es bei der von mir vorgeschlagenen Absönderung der Liquidations- und Prioritätsverhandlungen gar wohl Statt haben kann, auch im Konkursprozeß eingeführt werden; so ist nur die Liquidations- und Exceptionstagfahrt, oder nach der bayerischen Benennung, der erste und zweyte Ediktstag als Vorbereitungsverfahren nothwendig. Die Foderungen an eine Konkursmasse sind in der Regel so einfach, daß es einer vorbereitenden Replik nicht bedarf; für einzelne Ansprüche, die vielleicht auf verwickeltern Verhältnissen beruhen, läßt es sich nicht wohl rechtfertigen, alle Gläubiger zu einer Replikstagfahrt zusammenzu berufen. Besondere Repliken, die allenfalls in seltenen Fällen auf einzelne Einreden des Contradiktors gemacht werden möchten, können auch in der Audienz vorgebracht werden, und, wenn der Contradiktor sie einmal auf der Stelle nicht sollte beantworten können; so ist es besser, die Audienztagfahrt für den einzelnen Gläubiger zu verlegen, als allen Gläubigern die Kosten eines neuen Ediktstags zu verursachen.

So bald also nach Beendigung des zweiten Ediktstags, das ist, der Frist, bis zu welcher der Vertreter der Masse seine Erklärungen über alle Anmeldungen abgegeben haben muß, die unbestrittenen Foderungen von den bestrittenen gesöndert sind; so können die leztern zur Audienz verwiesen werden.

---

*) Code de proced. §. 93, 94, 111.

Hier ist aber meines Erachtens der beste Zeitpunkt, einen Vergleich zu versuchen. Man kann itzt schon ziemlich genau bestimmen, wie es selbst mit jenen Foderungen stehe, gegen welche Einwendungen vorgebracht worden sind; und, da auch die Behandlung der Aktivmasse schon weiter vorgerückt seyn kann, als am ersten Ediktstage; so läßt sich schon mit einiger Genauigkeit berechnen, wie die Aktiv = und Passivmasse gegen einander stehen, welche mit Vorzugsrechten versehene Gläubiger ganz befriedigt werden können, und wie groß der Verlust der nicht privilegirten Foderungen, wenn der Konkurs im Rechtswege zum Ende geführt wird, ungefähr seyn werde. Es läßt sich daher mit einiger Wahrscheinlichkeit hoffen, daß die Gläubiger, um dasjenige, was sie am Ende zu erwarten haben, früher, und ohne weitern Kostenaufwand zu erhalten, sich billige Vorschläge werden gefallen lassen.

Kömmt kein Vergleich zu Stand, so wird eine der nicht anerkannten Foderungen nach der andern in Hinsicht auf ihre Richtigkeit zur Audienz gebracht; wobei entweder der Contradiktor, oder jener Gläubiger, der die Schuld gegen die Meinung des Contradiktors widersprochen hat, dem Liquidanten gegenüber steht.

Hier können dann die bei der Liquidation allenfalls übersehenen Beweise und Beweismittel noch angegeben werden; die nach dem §e 467 am zweiten Ediktstage angebracht werden sollten; denn der zweite Ediktstag ist nur zu den Exceptionen im schriftlichen Vorverfahren bestimmt.

Ist über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit aller Foderungen erkannt; so wird von dem Gerichtskommissär der Prioritätsentwurf verfaßt, und den Gläubigern eröffnet; denen es dann frey steht, gegen jene, denen sie vorgesetzt seyn wollen, bei dem nämlichen Gericht eine Vorrechtsklage anzustellen, welche sogleich zur Audienz gebracht, und entschieden wird. Sind endlich die Erkennt=

nisse über die Vorzugsstreite alle in Rechtskraft erwachsen; so wird der Prioritätsentwurf nach dem Innhalte derselben berichtigt.

Da bey der bestehenden Hypothekenordnung die Vorzugsverhältnisse sehr einfach sind; so ist zu hoffen, daß Prioritätsstreite nur noch selten vorkommen werden. Dadurch wird denn die ganze, im revidirten Entwurfe vorgeschlagene, so weitläufige, und mit so vielen Schwierigkeiten verbundene Prioritätsverhandlung erspart.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hinsberg, Joseph <<von>>,

Über den revidirten Entwurf der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern Nachtrag zu den Bemerkungen über den Entwurf der Prozeßordnung vom J. 1825

München 1828

Don.Lud. XL,4
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10729176-0